

Beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

Kandidatnummer: 546

Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 13322 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>OVERTREDELSESGBYR ETTER KONKURRANSELOVEN</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>BEVISKRAV ETTER DEN GENERELLE FORVALTNINGSRETEN</u>	<u>7</u>
<u>4</u>	<u>FORHOLDET TIL EMK</u>	<u>16</u>
4.1	EMK artikkel 6 nr. 2	16
4.2	Hvilke tolkningsprinsipper har Høyesterett lagt til grunn for anvendelsen av EMK?	18
4.3	Hvordan har Høyesterett anvendt EMK artikkel 6 nr. 2 i tidligere avgjørelser?	20
<u>5</u>	<u>RETTSTILSTANDEN PÅ KONKURRANSERETTENS OMRÅDE FØR RT. 2007 S. 1217 21</u>	
5.1	Beviskrav etter konkurranseloven	21
5.2	Hvilke beviskrav er lagt til grunn i praksis knyttet til konkurranseloven?	24
5.2.1	SAS-dommen	24
5.2.2	TINE-vedtaket	25
5.3	Hvilket beviskrav er lagt til grunn i teorien knyttet til konkurranseloven?	26
5.4	Beviskrav i overtredelsessaker i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2	27
5.5	Kan EU-rettens konkurranseregler ha betydning ved fastleggelse av beviskravet i norsk konkurranserett?	30
5.6	Sammenfatning av rettstilstanden og rettsoppfatninger i konkurranseretten før Rt. 2007 s. 1217.	33

6	RT. 2007 S. 1217	35
6.1	Hvilken konklusjon trakk Høyesterett om beviskrav i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2?	35
6.2	Betydningen av dissens og obiter dictum	40
6.3	Flertallets tolkning av praksis fra EMD	42
6.3.1	Kan det leses ut av EMDs uttalelser at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav?	42
6.3.2	Er flertallets tolkning av praksis fra EMD i overensstemmelse med prinsippene for tolkning av konvensjonen?	45
6.3.3	Er det andre EMD-avgjørelser som kan si noe om hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav?	47
6.3.4	Etterfølgende avgjørelser fra EMD	50
6.4	Er dommen avsagt på feil rettskildemessig grunnlag?	51
6.5	Har dommens konklusjoner blitt fulgt opp av Konkurransetilsynet?	51
7	LITTERATURLISTE	54

1 Innledning

Besvarelsen tar sikte på å redegjøre for hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 29 ilegge overtredelsesgebyr til foretak eller sammenslutninger av foretak ved brudd på lovens forbud og påbud. For at Konkurransetilsynet kan legge et bestemt faktum til grunn i et vedtak, forutsettes det at beviset for overtredelsen innehar en bestemt *styrke*. Med dette menes hvor høy grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktum kan anses bevist.¹

I norsk rett er det vanlig å operere med tre grader av sannsynlighet: Alminnelig sannsynlighetsovervekt (overvektsprinsippet), kvalifisert sannsynlighetsovervekt (skjerpet beviskrav) og ingen rimelig tvil.² Det er også hensiktsmessig å skille mellom begrepene beviskrav og bevisbyrde.³ I ugyldighetsbedømmelsen av et vedtak vil det være forskjell på å vurdere om utredningsplikten er oppfylt og om vedtaket bygger på et feilaktig faktum, og derfor vil det være naturlig å foreta en teoretisk oppsplitting av begrepene.⁴

Ileggelse av overtredelsesgebyr regnes som en forvaltningssanksjon.⁵ En forvaltningssanksjon kan defineres som en administrativ reaksjon på en overtredelse hvor formålet med reaksjonen er enten avvergende eller straffende.⁶ Dette innebærer for det første at det er forvaltningen som har kompetansen til å ilegge forvaltningssanksjoner, i

¹ Hov, Jo. *Rettergang I: Sivil- og straffeprosess*, 1999, s. 201.

² Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 467.

³ *ibid.*s. 469 (se motsetningsvis Hov, Jo. *Rettergang I: Sivil- og straffeprosess*, 1999, s. 201).

⁴ *i.c.*

⁵ Berg, Bjørn O. *Forvaltningssanksjoner*, 2005, s. 10.

⁶ *ibid.* s. 17.

motsetning til sanksjoner som formell straff og tvangstiltak etter tvangsfullbyrdelsesloven⁷ som bare kan ilegges av domstolene.⁸ For det andre innebærer begrepsbruken at privat håndhevelse av konkurransereglene ved sivile søksmål for domstolene faller utenfor.⁹ Etter dette vil oppgaven avgrenses mot privat håndhevelse av konkurransereglene.

Etter konkurransen kan det også ilegges straff ved brudd på konkurransereglenes forbud og påbud. Ved illeggelse av straff kreves det at overtredelsen er gjort med forsett eller grov uaktsomhet.¹⁰ Da oppgaven retter seg mot beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr, kommer jeg ikke til å behandle dette nærmere.

Ved vurdering av bevis vil forpliktelsene til Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) stå sentralt. Av særlig betydning er uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, som bestemmer at enhver som er siktet for en straffbar handling skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. I tillegg til å ha straffesaker som sitt primære anvendelsesområde, omfatter bestemmelsen også forvaltningssanksjoner som har en *karakter av straff*. Dette ble slått fast av Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) som har som oppgave å håndheve konvensjonen.¹¹ Det er lagt til grunn i norsk rett at illeggelse av overtredelsesgebyr regnes som straff i EMKs forstand,¹² og etter dette vil EMK artikkel 6 nr. 2 få anvendelse ved overtredelsessaker etter konkurranseloven.

Høsten 2007 ble det avsagt en dom i Høyesterett¹³ som drøftet spørsmålet om EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav. Høyesteretts flertall la til grunn at det kan utledes et beviskrav fra bestemmelsen, og at konvensjonen stiller krav til nasjonale beviskrav ved

⁷ Lov av 26. juni 1992 nr. 86.

⁸ Berg, Bjørn O. *Forvaltningssanksjoner*, 2005, s. 17.

⁹ *ibid.* s. 18.

¹⁰ Konkurranseloven § 30.

¹¹ *Case of Engel and Others v. the Netherlands*.

¹² Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 117.

¹³ Rt. 2007 s. 1217.

ileggelse av forvaltningsvedtak som har karakter av straff. Flertallet i høyesterettsavgjørelsen baserte sitt standpunkt på en rekke avgjørelser fra EMD. Jeg vil i kapittel 6 gjøre rede for dommen og se på de vesentligste EMD-dommene som flertallet har redegjort for. Jeg vil også knytte flertallets konklusjoner opp mot mindretallets standpunkter, og se avgjørelsen i lys av generelle tolkningsprinsipper for konvensjonstolkning som er fastlagt i norsk rett. Avslutningsvis vil jeg belyse temaet med etterfølgende praksis fra Konkurransetilsynet..

2 Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

Ikrafttreddelsen av ny konkurranselov i 2004 medførte en omfattende revisjon av norsk konkurranserett.¹⁴ Samtidig med konkurranseloven trådte EØS-konkurranseloven i kraft. Lovene erstattet lov om konkurranse i ervervsvirksomhet og lov om konkurranseregler i EØS-avtalen.¹⁵

Vedtaket av EØS-konkurranseloven bygget blant annet på Stortingets samtykke til at rådsforordning (EF) nr. 1/2003 ble innlemmet i EØS-avtalen.¹⁶ Konkurranseloven innførte på sin side nye forbudsregler om blant annet forbud mot konkurranseskadelig samarbeid mellom foretak, og forbud mot utilbørlig misbruk av dominerende stilling i markedet. Konkurranseloven innførte samtidig adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på forbud- og påbudsreglene med hjemmel i lovens § 29.

I den tidligere konkurranselovgivningen stod konkurransemyndighetene i praksis overfor valget mellom enten å anmelde foretaket med sikte på en strafferettslig reaksjon, eller å gi

¹⁴ Kolstad, Olav og Anders Ryssdal. *Norsk konkurranserett bind I: Adferdsregler og strukturkontroll*, 2006, s. 27.

¹⁵ Lov av 11. juni 1993 nr 65 og lov av 27. november 1992 nr. 10.

¹⁶ Innst.O.nr. 50 (2003-2004) kapittel 1.1.

en advarsel for overtredelser av konkurranseloven.¹⁷ Det ene sivilrettslige virkemiddelet som kunne tas i bruk var vinningsavståelse,¹⁸ men virkemiddelet ble ikke benyttet.¹⁹ Bestemmelsen om vinningsavståelse bortfalt da konkurranseloven av 2004 trådte i kraft.

Det var behov for et nytt sivilrettslig sanksjonsmiddel, og regelverket innen EU/EØS-området viste at nasjonale konkurransemyndigheter i stor utstrekning hadde kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter av meget betydelig størrelse.²⁰ Harmonisering med EU/EØS-reglene var derfor et hensyn bak styrkingen av reaksjonsmulighetene overfor foretak ved brudd på konkurransereglene.²¹ Ileggelse av overtredelsesgebyr var ment å fungere som et hensiktsmessig virkemiddel for at det kunne føres en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger.²²

Den faglige kompleksiteten som ofte foreligger i saker om brudd på konkurranseloven tilsa at Konkurransetilsynet ble gitt myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.²³ Med hjemmel i krrl. § 29 kan tilsynet derfor ilegge overtredelsesgebyr til foretak eller sammenslutninger av foretak, forutsatt at det foreligger brudd på konkurranselovens forbud og påbud og vedtak truffet i medhold av loven. Medvirkning til slike overtredelser rammes også.²⁴ Konkurransetilsynets vedtak kan ikke påklages, men domstolene kan prøve alle sider av saken.²⁵ Jeg vil i kapittel 5 se på tingrettens prøving av Konkurransetilsynets vedtak i SAS-dommen.²⁶

¹⁷ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 116.

¹⁸ Konkurranseloven av 1993 § 6-5.

¹⁹ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 116.

²⁰ i.c.

²¹ i.c.

²² ibid. s. 117.

²³ ibid. s. 117.

²⁴ Konkurranseloven § 29 bokstav g.

²⁵ Konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

²⁶ TOSLO-2005-111347.

Konkurranseloven § 29 bokstav a bestemmer blant annet at brudd på forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak etter krrl. § 10, sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Regelen retter seg mot kartellvirksomhet hvor for eksempel prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling mellom konkurrenter, er begrensende for konkurransen.

Etter konkurranseloven § 29 bokstav a til d kan i tillegg utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i markedet, brudd på meldeplikten, uriktige eller ufullstendige opplysninger i meldingen, overtredelse av gjennomføringsforbudet eller et inngrepsvedtak, unnlatelse av å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller medvirkning til bevissikring, sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Realiteten er imidlertid slik at de fleste vedtak om overtredelsesgebyr har kommet som følge av brudd på meldeplikten om foretakssammenslutninger etter krrl. § 18, jfr. § 29. Konkurransetilsynet har bare i to saker vedtatt å ilegge overtredelsesgebyr som følge av utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter krrl. § 11, og den ene saken omhandlet i tillegg brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter krrl. § 10.

Sommeren 2005 ble SAS AB ilagt et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner for konkurranserettslig underprising, og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter krrl. § 11. Vedtaket ble senere opphevet i tingretten på grunn av at retten vurderte faktum annerledes. Tingrettsdommen er den eneste dommen som drøfter beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

I februar 2007 ila Konkurransetilsynet et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner til TINE BA, på grunnlag av en konkurransebegrensende eksklusiv leveringsavtale TINE BA hadde inngått med dagligvarekjeden Rema 1000 Norge AS. Avtalen var et brudd både på forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter krrl. § 11 og forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter krrl. § 11. Jeg foretar en nærmere behandling av SAS-dommen og TINE-vedtaket i kapittel 5.

Overtredelsesgebyr er som nevnt bygget etter mønster fra EU/EØS-retten hvor Kommisjonen har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på konkurransereglene. Den 24. mars 2004 ila Kommisjonen programvareselskapet Microsoft et overtredelsesgebyr på over 497 millioner Euro. Kommisjonen fant det bevist at Microsoft hadde utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i markedet, og dermed brutt EF-traktatens artikkel 82. Microsoft hadde forhåndsinnstallert mediaspiller i programmet Windows, og dette hindret konkurransen med andre leverandører av mediaspillere.

Microsoft klaget vedtaket inn for Court of First Instance (CFI), som 17. november 2007 avsa dom mot Microsoft.²⁷ Kommisjonen fikk medhold i det vesentligste, og gebyret utgjør det hittil største enkeltstående gebyret som er ilagt for brudd på konkurranselovgivningen i EU-retten. Microsoft-dommen viser at ileggelse av overtredelsesgebyr fungerer som et effektivt håndhevelsesmiddel ved brudd på EF-traktatens konkurranseregler, og at Kommisjonen har anledning til å pålegge gebyr av betydelig størrelse.

For at Konkurransetilsynet kan ilegge et overtredelsesgebyr, så må det foreligge en forsettlig eller en uaktsom overtredelse.²⁸ Skyldkravet innebærer at overtredelsen må enten være gjort bevisst, eller at foretaket på en uaktsom eller uforsvarlig måte har handlet eller unnlatt å handle på en måte som det med rimelighet kunne forventes av det, i henhold til konkurranselovgivningen. Overtredelsesgebyret kan ilegges allerede ved simpel uaktsomhet, og det skal lite til før det foreligger uaktsomhet når det er handlet i strid med konkurranselovgivningen.²⁹ Dette skyldes at det er foretakets egen risiko å gjøre seg kjent med og opptre i samsvar med konkurransereglene.³⁰

²⁷ Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen.

²⁸ Konkurranseloven § 29 første ledd.

²⁹ Kolstad, Olav og Anders Ryssdal. *Norsk konkurranserett bind I: Adferdsregler og strukturkontroll*, 2006, s. 703.

³⁰ i.c.

Det kan likevel tenkes at det foreligger en unnskyldelig overtredelse av konkurranseloven i særlige tilfeller, hvor en regel eller et vedtak objektivt sett fremstår som uklart dersom regelen er helt ny og ukjent, eller hvis det er et tilfelle hvor et utenlandsk foretak har brutt en særnorsk bestemmelse.³¹ Utgangspunktet vil likevel være at det skal påligge foretaket å gjøre seg kjent med og opptre i samsvar med de reglene som er relevante for deres virksomhet, og det kan eventuelt gjøres ved bruk av juridisk ekspertise.³²

3 Beviskrav etter den generelle forvaltningsretten

Forvaltningen har kompetanse til å ilegge forskjellige former av forvaltningssanksjoner, både overfor privatpersoner og foretak. Sanksjoneringen utøves av det forvaltningsorganet som utfører tilsyn med den aktuelle særlovgivningen. Sanksjonen utløses av en overtredelse, og formålet er å påføre gjerningspersonen eller foretaket et onde som en reaksjon mot overtredelsen.³³ Forvaltningssanksjoner dreier seg i hovedsak om illeggelse av en økonomisk forpliktelse eller tap av en rettighet, og i tillegg kommer formelle advarsler.³⁴ De viktigste forvaltningssanksjonene er overtredelsesgebyr, tilleggsbetaling, tap av offentlig ytelse, administrativ inndragning, administrativt rettighetstap og formell advarsel.³⁵

Når man taler om beviskrav, så kan man sette et grovt skille mellom det sivilrettslige og det strafferettslige beviskravet. I straffesaker er hovedregelen at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse. I sivile saker vil utgangspunktet være et krav om

³¹ i.c.

³² i.c.

³³ NOU 2003:15 kapittel 1.2.

³⁴ ibid. kapittel 1.4.

³⁵ ibid. kapittel 1.4.

sannsynlighetsovervekt, og det innebærer at man skal legge til grunn det mest sannsynlige faktum. Dette omtales også som overvektsprinsippet.³⁶

Det er en nær sammenheng mellom de beviskrav som gjelder for forvaltningen og beviskrav i sivile saker. Dette er fordi forvaltningens avgjørelser kan overprøves av domstolene. Domstolene har i utgangspunktet ingen begrensninger for prøving av det faktiske grunnlaget i en sak. I de tilfellene hvor domstolene prøver om forvaltningsvedtaket bygger på et korrekt faktum, vil bevisreglene som gjelder for forvaltningen følge av de kravene som stilles etter sivilprosessuelle regler. Domstolen skal etterprøve forvaltningsvedtak og dersom bevisene ikke holder i rettssaken, vil vedtaket kjennes ugyldig.³⁷

Et sentralt spørsmål i behandlingen av beviskrav innen den generelle forvaltningsretten er om dette beviskravet kan skjerpes, slik at det stilles krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Ved kvalifisert sannsynlighetsovervekt kreves det mer enn 50 % sannsynlighet for at et faktum kan anses bevist.

Forvaltningsloven sier ikke noe uttrykkelig om hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved ileggelse av en forvaltningssanksjon. Forvaltningsloven § 17 bestemmer at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før det treffer et vedtak, men denne formuleringen gir ikke noe svar på spørsmålet om hvilken styrke beviskravet skal ha. Bestemmelsen pålegger forvaltningsorganet en utredningsplikt, men er taus om hvor sannsynlig et faktum må være for at det kan legges til grunn som bevis for et vedtak.

³⁶ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 466.

³⁷ *ibid.* s. 470.

I rettspraksis er det sjelden man finner konkrete uttalelser om i hvilken utstrekning det gjelder egne beviskrav for forvaltningsvedtak.³⁸ Det har blitt uttalt at i underrettspraksis påberopes reglene om bevisbyrde av partene ”oftere enn de anvendes i retten”.³⁹ I Høyesterett er det kun få dommer som berører temaet⁴⁰, og jeg vil behandle nærmere høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1999 s. 14.

Høyesterettsdommen fra 1999 gjaldt overtredelse av fiskerilovgivningen.

Fiskeridirektoratet fant det bevist at det hadde forekommet overfiske, og vedtok administrativ inndragning av den ulovlig fanget fisken. Spørsmålet i saken var om hvilket beviskrav som gjelder ved administrativ inndragning etter saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd. Retten drøftet spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighetsovervekt som må legges til grunn for at vilkårene for inndragning forelå. Dommen ble avgjort under dissens.

Førstvoterende, som representerte mindretallet, var av den oppfatning at sannsynlighetskravet måtte være like høyt som det strafferettslige beviskravet. Dommer Stang Lund la vekt på at det strenge beviskravet i straffesaker kunne få tilsvarende anvendelse i sivil rettergang, dersom saken gjelder forhold som materielt sett må likestilles med straff.⁴¹ Flertallet var ikke enige i førstvoterendes synspunkter, og la til grunn at spørsmålet måtte løses etter sivilprosessens regler.

Andrevoterende fremhevet reelle hensyn som begrunnelse for å avvike fra det sivilprosessuelle utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hensynene som ble vektlagt av flertallet var at inndragningen ville være et tungt økonomisk inngrep, og at inndragning ville kunne oppfattes som infamerende for parten. Flertallet viste til at hvis domsresultatet forutsetter forhold som er sterkt klanderverdige eller infamerende, har det i tidligere rettspraksis blitt krevd kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Flertallet la etter dette

³⁸ *ibid.* s. 469.

³⁹ *i.c.*

⁴⁰ *i.c.*

⁴¹ Rt. 1999 s. 14 på s. 22.

til grunn at ved administrativ inndragning av ulovlig fanget fisk, måtte det kreves klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene i lovbestemmelsen var oppfylt.⁴²

Høyesterettsdommen viser at selv om utgangspunktet i forvaltningsretten følger det sivilprosessuelle beviskravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt, kan det forekomme tilfeller som tilsier at beviskravet må skjerpes. Dommen ble avgjort under dissens, men både flertallet og mindretallet i uttalte i dommen at reaksjonsformen inndragning utvilsomt har store likhetstrekk med det straffeprosessuelle inndragningsinstituttet. Både flertallet og mindretallet la til grunn at det måtte kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i bevisvurderingen.

I Rt. 1999 s. 14 gir et samlet Høyesterett gir uttrykk for at overvektskravet i sivilprosessen ikke vil være tilstrekkelig i saker hvor særlige hensyn tilsier at man må avvike fra dette utgangspunktet. I Rt. 1999 s. 14 ble det lagt til grunn at sivilprosessuelle bevisbyrderegler også får anvendelse ved domstolskontroll av forvaltningsvedtak, men at dette kun var et utgangspunkt. Dommens konklusjon ble også lagt vektlagt av Fiskeridepartementet i en mindre lovendring i saltvannsfiskeloven,⁴³ og dette viser at lovgiver støttet standpunktene i dommen.

I NOU 2003:15 drøftet Sanksjonsutvalget kravet til bevisets styrke ved forvaltningssanksjoner. Utvalget uttalte at spørsmålet om hvor sterk sannsynlighetsovervekt som må kreves, avhenger av hvor sterkt klandreverdige forhold som foreligger. Etter utvalgets syn vil det derfor i realiteten ikke være stor forskjell mellom beviskravene i straffesaker og i sivile saker. Sanksjonsutvalget legger etter dette til grunn at i saker hvor det dreier seg om alvorlige forhold og en inngripende sanksjon, vil det være

⁴² ibid. på s. 25.

⁴³ Ot.prp.nr 70 (2003-2004) s. 33-34.

aktuelt å stille strengere krav til bevisene.⁴⁴ Utvalgets uttalelser er dermed i tråd med konklusjonene som ble trukket opp av Høyesterett i Rt. 1999 s. 14.

Hovedregelen om beviskrav i sivilprosessen er som nevnt krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette synspunktet har også støtte i teorien, og det har blitt fremhevet at det finnes en rekke situasjoner hvor kravet må fravikes.⁴⁵ Hans Petter Graver fremhever at kravet til bevisets styrke vil kunne variere etter saksfeltet og sakens karakter. Her vil flere reelle hensyn kunne være av betydning, og de alminnelige hensyn som blir anført i prosessretten vil også ha relevans i forhold til forvaltningen. Hensynet til materielt riktige avgjørelser tilsier at det er det mest sannsynlige alternativet som skal legges til grunn.⁴⁶

De materielle hensynene kan også tilsi at et vedtak treffes ved lavere sannsynlighetsgrader. Dette vil være mest markant på rettsområder hvor et forsiktighetsprinsipp er gjeldende, for eksempel hvor det nedlegges et forbud mot en bestemt aktivitet som kan være til skade for menneskers helse eller miljøet.⁴⁷ Her vil det ut fra samfunnsmessige hensyn være mer effektivt å legge en lavere sannsynlighetsgrad til grunn ved ileggelse av vedtak.

Hensyne som taler for et skjerpet beviskrav er hensynet til hvor tyngende vedtaket er for den ene parten. Dersom et feilaktig vedtak vil kunne ramme en part uten at noen annen berørt part vil bli rammet i et motsatt tilfelle, vil reelle hensyn tilsyn tilsi at det bør kreves en høyere grad av sannsynlighet før det kan treffes et vedtak imot partens interesser. Det samme gjelder dersom heller ikke tungtveiende offentlige interesser rammes av at det treffes et feilaktig vedtak i saken.⁴⁸

⁴⁴ NOU 2003:15 s. 185.

⁴⁵ i.c.

⁴⁶ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 478.

⁴⁷ i.c.

⁴⁸ *ibid.* s. 479.

Dette viser at der hvor en part blir tungt rammet av et feil vedtak, tilsier reelle hensyn at det bør legges til grunn et skjerpet beviskrav. Dette gjelder imidlertid ikke hvor tungtveiende offentlige interesser rammes. Ved ileggelse av forvaltningssanksjoner kan det ofte være den offentlige interessen som begrunner vedtaket. Her vil hensynet til samfunnets interesser ved for eksempel kontroll av markedet ved konkurranselovgivningen tilsi at det ikke kan ilegges et skjerpet beviskrav. Foretakenes interesse vil normalt stå svakere enn forbrukernes. Dette synspunktet ble lagt til grunn av forarbeidene til konkurranseloven,⁴⁹ som jeg vil behandle nedenfor.

Arvid Frihagen drøfter også spørsmålet om beviskrav ved inngripende forvaltningsvedtak. Forfatteren legger vekt på at selv uten formelle regler, må organet være pliktig til å veie bevisene nøye, slik at ingen av partene gjøres urett. Frihagens syn er at dersom det er tale om å treffe vedtak som i realiteten ligger nær opp til en straffedom, vil kravene nærme seg de som gjelder i en straffesak.⁵⁰ Her legger Frihagen til grunn et strengt krav til sannsynlighetsovervekt ved forvaltningsvedtak som er spesielt tyngende for den ene parten.

Frihagen legger beviskravet ved forvaltningssanksjoner tett opptil det strafferettslige beviskravet. Videre uttaler Frihagen at dersom et vedtak bare er til gunst for vedkommende og hvor ikke større offentlige interesser står på spill, vil det være naturlig å legge en mildere bevisbedømmelse til grunn. Hvis vedtaket i favør av parten ikke går utover andre, kan det også tale for at tvil går i vedkommendes favør.⁵¹

Frihagens syn er altså at det er sakens karakter som er avgjørende for hvilket krav til bevisets styrke som skal legges til grunn. Dersom et vedtak er til gunst for vedkommende og ikke går utover den andre parten eller større offentlige interesser, vil det i følge Frihagen være naturlig å bruke et lavere beviskrav. Etter Frihagens syn er det dermed grunnlag for å legge til grunn et skjerpet beviskrav ved tyngende forvaltningsvedtak.

⁴⁹ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004).

⁵⁰ Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett II*, 1992, s. 188-189.

⁵¹ i.c.

I forvaltningskomiteens innstilling fra 1958 ble beviskravet drøftet i forbindelse med arbeidet med forvaltningsloven av 1967. Komiteen pekte på at ved ”begunstigede forvaltningsakter, hvor en bevisvurdering som er for ”mild” ikke går utover noen enkelt part” vil forvaltningen gjennomgående være mindre streng i sitt krav til beviser enn i rettssaker.⁵² Her la komiteen til grunn, slik som Frihagen, at kravet til bevisets styrke vil variere i forhold til sakens karakter. Komiteen uttalte seg også om vedtak som pålegger en part en plikt, og uttaler at retten må ”veie beviset meget samvittighetsfullt for å ikke gjøre partene noen urett”.⁵³ Videre uttalte komiteen at tilsvarende må gjelde i forvaltningsvedtak hvor den enkelte blir pålagt en plikt eller byrde.⁵⁴

Det kan stilles spørsmålstegn ved om komiteen ved uttrykket ”veie beviset meget samvittighetsfullt”, legger til grunn et skjerpet beviskrav ved tyngende vedtak. Ut i fra ordlyden kan det neppe konkluderes med at det må stilles større beviskrav i slike tilfeller. Hans Petter Graver aviser at denne uttalelsen i forvaltningskomiteens innstilling kan tolkes som et krav til høyere beviskraft. Graver hevder at uttalelsene må ses på som en henvisning til at bevisene må bedømmes på samme måte som i rettergangen til sivile saker.⁵⁵ Forfatteren legger dermed til grunn at forvaltningskomiteen henviser til det sivilprosessuelle utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Som beskrevet ovenfor, ble det i Rt. 1999 s. 14 lagt til grunn at det var enkelte tilfeller som kunne tilsi at man måtte avvike fra kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt i bevisvurderingen. Flertallet i Rt. 1999 s. 14 uttalte imidlertid at selv om inndragningen var et tungt økonomisk inngrep, så var dette i seg selv ikke ”noe sterkt argument for å forskyve tvilsrisikoen”.⁵⁶ De begrunnet synspunktet med at mange forvaltningsvedtak har store

⁵² Forvaltningskomiteens innstilling s. 210.

⁵³ i.c.

⁵⁴ i.c.

⁵⁵ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 480.

⁵⁶ Rt. 1999 s. 14 på s. 25.

økonomiske konsekvenser, uten at dette har ført til noe krav til særlig bevisstyrke. Denne uttalelsen viser at retten legger til grunn at et tungt økonomisk inngrep ikke vil være tilstrekkelig i seg selv for å anvende høyere beviskrav.

Både i Rt. 1999 s.14 og i teorien oppstilles det også andre reelle hensyn som taler for et skjerpet beviskrav. Konsekvensene av en uriktig dom ser ut som det viktigste hensynet for at det skal stilles strengere krav til sannsynlighet i avgjørelser. Hensynet innebærer at i tilfeller hvor en uriktig dom i den ene retningen vil føre til vesentlig større personlige konsekvenser enn en uriktig dom i den andre retningen, kan det være grunn til å fravike overvektsprinsippet, selv om det ikke finnes lovhjemmel for det.⁵⁷

Dette hensynet vil blant annet være gjeldende i saker hvor det er spørsmål om en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller et sterkt klanderverdig forhold.⁵⁸ Dette hensynet ble avgjørende i Rt. 1999 s. 14, som beskrevet ovenfor. Tilsvarende hensyn ble også lagt til grunn av Sanksjonsutvalget. (note?)

Det kan tyde på at det er *styrken* av de reelle hensynene, som vil være avgjørende for om det kan legges til grunn kvalifisert sannsynlighetsovervekt i bevisvurderingen. Dette synspunktet er også lagt til grunn av andrevoterende i Rt. 1999 s. 14.⁵⁹

Hans Petter Graver hevder at det ”neppe [er] grunnlag i norsk rett”⁶⁰ for å hevde at kravene til bevisets styrke ved et inngripende vedtak, øker i takt med hvor inngripende vedtaket er. Graver fremhever at dette ikke betyr at det alltid vil være tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved et inngripende vedtak. Forfatteren uttaler også at det heller

⁵⁷ Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*, 2001, s. 684.

⁵⁸ i.c.

⁵⁹ Rt. 1999 s. 14 på s. 25.

⁶⁰ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 480.

ikke kan utelukkes at det kan foreligge tilstrekkelig grunnlag for å treffe et inngripende vedtak uten at det foreligger sannsynlighetsovervekt.⁶¹

Disse uttalelsene gir ikke noe endelig svar på hva som skal legges til grunn ved spørsmål om beviskrav ved forvaltningsvedtak. Det kan ikke fastsettes noen endelig bevisstandard utenom utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kan heller ikke hevdes at det automatisk må legges til grunn et sterkere beviskrav dersom forvaltningssanksjonen er tyngende for vedkommende. Selv om uttalelser i blant annet forarbeidene forsiktig trekker paralleller til det straffeprosessuelle beviskravet, kan det ikke konkluderes med at praksis går i retning av å stille et strafferettslig beviskrav til forvaltningens vedtak.⁶²

Konklusjonen etter å ha sett på rettspraksis, forarbeider og teori må bli at ved illeggelse av tyngende forvaltningssanksjoner må det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, dersom ikke hensynet til andre interesser tilsier at det vanlige overvektskravet gjelder.⁶³ For eksempel vil hensynet til offentlige interesser kunne tale for å anvende overvektsprinsippet.

Ved illeggelse av forvaltningssanksjoner vil, som nevnt innledningsvis, ikke bare norske rettskilder være avgjørende i fastleggelsen av beviskrav. Det kan reises spørsmål om EMK artikkel 6 nr. 2 og uskyldspresumsjonen stiller krav til beviskravet i nasjonal rett. Jeg vil i kapittel 5 drøfte dette i forbindelse med behandlingen av beviskrav ved overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

⁶¹ i.c.

⁶² ibid. s. 483.

⁶³ i.c.

4 Forholdet til EMK

4.1 EMK artikkel 6 nr. 2

EMK er inntatt i norsk lovgivning ved menneskerettsloven,⁶⁴ og lovens § 3 fastslår at konvensjonens bestemmelser ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Konvensjonens artikkel 6 fastslår at alle borgere har en grunnleggende rett til en rettfærdig rettergang.

EMK artikkel 6 nr. 2 bestemmer at "[e]veryone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law". På norsk blir dette omtalt som uskyldspresumsjonen, og bestemmelsen oversettes som "[e]nhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven".

Uskyldspresumsjonen er et grunnleggende og universelt rettsstatsprinsipp for straffesaker, og prinsippet skal sikre enkeltindividet mot vilkårlige inngrep ved anklage om straffbare forhold.⁶⁵ Et hensyn bak regelen er at i en straffesak vil konsekvensene av en uriktig fellende dom være langt mer alvorlig for tiltalte enn ved en uriktig frifinnelse.

EMK artikkel 6 nr. 1 gjelder både i sivile og straffesaker, mens annet og tredje ledd bare gjelder i straffesaker, jfr. uttrykket "charged with a criminal offence". EMK artikkel 6 nr. 2 sitt primære anvendelsesområde er etter dette ved straffesaker. Ileggelse av en forvaltningssanksjon regnes som en sivilrettslig sanksjon og vil derfor etter ordlyden ikke omfattes av bestemmelsen. Praksis fra EMD har imidlertid slått fast at sanksjoner *som har karakter av straff* også rammes av EMK artikkel 6 nr. 2/EMKs bestemmelser.⁶⁶ Det er etter dette på det rene at flere forvaltningssanksjoner må anses som straff i EMK artikkel 6 nr. 2 sin forstand.⁶⁷

⁶⁴ Lov av 21. mai 1999 nr. 30.

⁶⁵ Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen*, 2002, s. 27.

⁶⁶ Engel and Others v. the Netherlands.

⁶⁷ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 475.

EMD har bestemt at i avgjørelsen om en sanksjon skal anses som straff etter EMK artikkel 6, skal det foretas en vurdering av tre kriterier.⁶⁸ Disse omtales som Engel-kriteriene. I norske forarbeider⁶⁹ og rettspraksis har disse kriteriene blitt omtalt som kriterier om nasjonal klassifikasjon, lovbruddets karakter og sanksjonens innhold og alvor.⁷⁰ Engel-kriteriene innebærer at selv om en sanksjon ikke regnes som straff i nasjonal rett, kan sanksjonen anses som straff etter EMK artikkel 6 nr. 2, ut i fra en bedømmelse av om Engel-kriteriene foreligger. Viktige momenter i denne bedømmelsen er om formålet med bestemmelsen er pønalt, om sanksjonsbestemmelsen er generell eller bare gjelder en avgrenset personkrets, og hvorvidt det konkrete forholdet kan sies å være av en slik art at det kan straffes etter den alminnelige straffelovgivningen.⁷¹

De tre Engel-kriteriene er som utgangspunkt alternative. Det innebærer at dersom bare ett av kriteriene er oppfylt, vil det vil være tilstrekkelig for at en sanksjon skal betraktes som straff. Dette ble lagt til grunn i saken Jussila mot Finland, hvor EMD uttalte at "[t]his does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge".⁷² Jussiladommen la dermed til grunn at dersom kriteriene ikke blir oppfylt alene, vil en sanksjon også kunne bli betraktet som straff på grunnlag av den kumulative effekten av flere av kriteriene.

På grunnlag av dette vil også forvaltningssanksjoner som har karakter av straff bli rammet av de rettssikkerhetsgarantiene som EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller, selv om bestemmelsen i annet ledd som utgangspunkt bare gjelder i straffesaker. Forvaltningssanksjoner som ikke i norsk rett betraktes som straff, kan likevel anses som straff i EMKs forstand.

⁶⁸ Engel and Others v. the Netherlands.

⁶⁹ NOU 2003:15 kapittel 5.7.5.

⁷⁰ Rt. 2002 s. 509.

⁷¹ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 476.

⁷² Case of Jussila v. Finland avsnitt 31.

4.2 Hvilke tolkningsprinsipper har Høyesterett lagt til grunn for anvendelsen av EMK?

Det kan i mange tilfeller være en begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås, og dette kan for eksempel skyldes at flere av EMKs bestemmelser er vage. Det kan også skyldes at ved tolkningen av bestemmelsene må det foretas en avveining av ulike interesser eller verdier, sett ut fra en felleseuropeisk rettsoppfatning eller praksis.⁷³

Tvil om forståelsen av EMK kan også ha sitt utspring i at EMD ikke bare avklarer hva som følger av konvensjonen, men også har ved mange anledninger fortolket konvensjonsbestemmelsene dynamisk og rettsskapende.⁷⁴ I saken *Tyrer mot Storbritannia*⁷⁵ ble det uttalt at "[t]he Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions." Her legger EMD til grunn at EMK må tolkes i lys av samfunnsforholdene ellers, og at den har en dynamisk funksjon.

I *Bøhler-dommen*⁷⁶ ble det trukket opp tolkningsprinsipper for anvendelse av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3. Disse ble senere fulgt opp i to plenumsdommer.⁷⁷ Det følger av disse dommene at ved anvendelse av bestemmelsene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, og de skal benytte seg av samme metoder som er lagt til grunn i EMD-praksis.

Dette innebærer at norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Selv om norske domstoler skal anvende de

⁷³ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

⁷⁴ i.c.

⁷⁵ Case of *Tyrer v. The United Kingdom* avsnitt 31.

⁷⁶ Rt. 2000 s. 996.

⁷⁷ Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

samme tolkningsprinsippene som EMD, er det likevel ”EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen”.⁷⁸ Her presiserte Høyesterett at EMD har den rettsskapende funksjonen i forhold til fastleggelsen av konvensjonsteksten, og det vil i praksis være lite rom for dynamisk tolkning av konvensjonen i nasjonale domstoler.

I Bøhler-dommen ble det uttalt at dersom det er i tvil om hvordan EMK skal forstås, bør det ikke foretas en for dynamisk tolkning av konvensjonen. Førstvoterende la også til grunn en alminnelig regel om at norske domstoler ved tolkningen av EMK heller ikke kan ”bygge inn sikkerhetsmarginer” mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.⁷⁹ Den nasjonale rettsregel kan derfor ikke tolkes slik at man føler seg sikker på at den ikke kommer i strid med EMKs bestemmelser. Dette har i norsk rett blitt betegnet som forsiktighetsprinsippet.⁸⁰ Bøhler-dommen la dermed til grunn at norske domstoler ikke har anledning til å ”overtolke” konvensjonen for å unngå strid.

Konklusjonen blir dermed at det ikke er norske domstolars oppgave å foreta en dynamisk utvikling av konvensjonsbestemmelsene. Norske rettsanvendere må forholde seg til det som allerede er lagt til grunn av EMD, og dette vil også være naturlig da det er EMD som i siste instans håndhever konvensjonen. Høyesterett tar også avstand fra en tolkning av konvensjonen som bygger på forsiktighetsprinsippet. Konklusjonene i Bøhler-dommen ble som nevnt fulgt opp i to dommer fra Høyesterett i plenum,⁸¹ og dette tilsier at tolkningsprinsippene har klar prejudikatsvirkning for senere rettsavgjørelser.

Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2005 s. 833 gir et eksempel på hvordan Høyesterett legger til grunn at norsk lovgivning må vike dersom bestemmelsen er strid med EMK. Spørsmålet i saken var om bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med barn under 14 år, var i strid

⁷⁸ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

⁷⁹ *ibid.* på s. 1008.

⁸⁰ Se Rt. 1999 s. 1363.

⁸¹ Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Retten kom her enstemmig frem til at bestemmelsen i straffeloven var i strid med EMK artikkel 6 nr. 2, og at for å oppnå samsvar med mellom den norske lovregelen og konvensjonen måtte det innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i straffeloven § 196 tredje ledd som legger til ”med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte”.

4.3 Hvordan har Høyesterett anvendt EMK artikkel 6 nr. 2 i tidligere avgjørelser? Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2005 s. 833 gir et eksempel på hvordan Høyesterett har anvendt EMK artikkel 6 nr. 2 i tidligere avgjørelser.

Spørsmålet i saken var om bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med barn under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Retten kom her enstemmig frem til at bestemmelsen i straffeloven var i strid med EMK artikkel 6 nr. 2, og at for å oppnå samsvar med mellom den norske lovregelen og konvensjonen måtte det innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i straffeloven § 196 tredje ledd som legger til ”med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte”.

I Rt. 2005 s. 833 uttalte førstvoterende at selv om det i første rekke er EMD som utvikler konvensjonen, så må norske domstoler dersom det er tvil om forståelsen av EMK i ”avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning”.⁸² Saken gjaldt en bestemmelse som bygget på en sterk og klar lovgivervilje, men retten kom likevel frem til at bestemmelsen var i strid med uskyldspresumsjonen. Førstvoterende konkluderte med at ”et ytterligere beviskrav i en så alvorlig sak innenfor den sentrale strafferett kan det etter min mening ikke være grunnlag for”.⁸³

⁸² Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

⁸³ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 88.

Høyesterettsdommen viser at selv om det forelå sterke verdier innen norsk rett, så kom retten likevel frem til at den norske lovregelen måtte vike for uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Det kan tyde på at EMDs egen tolkning av konvensjonen veier tyngre. Rt. 2005 s. 833 er således i overensstemmelse med konklusjonene fra Bøhler-dommen.

5 Rettstilstanden på konkurranserettens område før Rt. 2007 s. 1217

5.1 Beviskrav etter konkurranseloven

Konkurranseloven sier ikke noe uttrykkelig om hvilke krav som stilles til bevis ved ileggelse av overtredelsesgebyr. I forarbeidene til loven finnes det derimot uttalelser om hvilket beviskrav som skal legges til grunn i overtredelsessaker.

I utredningen om ny konkurranselov tok Konkurranselovkomiteen stilling til hvilke beviskrav som burde gjelde i overtredelsessakene.⁸⁴ Det sentrale spørsmålet i utredningen når det gjaldt beviskrav, var om beviskravet skulle følge det sivilrettslige eller det strafferettslige beviskravet.

Utvalget la til grunn at i norsk rett er kravene til bevisets styrke i sivilprosessen av vesentlig forskjell fra det strafferettslige beviskravet. I sivile saker er utgangspunktet at det mest sannsynlige faktumet skal legges til grunn, og i straffeprosessen er hovedregelen at enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode og lede til frifinnelse. Utvalget pekte også på at det foreligger avvik ved det sivilrettslige utgangspunktet om beviskrav, dersom særlige hensyn taler for at det må kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁵

⁸⁴ NOU 2003:12 s. 131.

⁸⁵ NOU 2003:12 s. 131.

Konkurranselovkomiteen uttalte at dette gjelder først og fremst i saker hvor en uriktig dom er mer tyngende i en retning enn en uriktig dom i motsatt retning, eller der kjensgjerninger vil stille en part i et uheldig lys, for eksempel ved at han har opptrådt uredelig eller uaktsomt.⁸⁶ I den sammenheng viste utvalget til høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1999 s. 14, som behandlet ovenfor.

Utvalget la vekt på hensynet til rettsikkerhet, og presiserte at illeggelse av sivilrettslige bøter kan gjelde store beløp. Det vil derfor ha mange likhetstrekk med strafferettslig bot. Utvalget mente at dette kunne tale for at beviskravet måtte legges høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁷ Utvalget ville likevel ikke strekke beviskravet til et strafferettslig beviskrav, og uttalte at det er ”neppe grunn til å la straffeprosesslovens beviskrav gjelde for sivilrettslig bot”.⁸⁸ Konkurranselovkomiteen konkluderte med at beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr burde være klar sannsynlighetsovervekt.

Utvalget la stor vekt på reelle hensyn som tilsier at det alminnelige overvektskravet bør fravikes. Utvalget avviste det straffeprosessuelle beviskravet, og mente at det måtte legges til grunn et skjerpet beviskrav i saker hvor en uriktig dom ville være mer tyngende for den ene parten enn det en uriktig dom i motsatt retning ville være. Komiteens konklusjoner har dermed likhetstrekk med hva som er lagt til grunn om beviskrav i den generelle forvaltningsretten.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet hadde imidlertid et annet syn på hvilke krav som måtte stilles til bevis, enn hva konklusjonene til Konkurranselovkomiteen tilsa.

Departementet la vekt på at de ikke kunne se at det var særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles større krav til bevisstyrke, utover det som fulgte av de

⁸⁶ i.c.

⁸⁷ i.c.

⁸⁸ i.c.

alminnelige bevisreglene i sivilprosessen.⁸⁹ Videre vurderte departementet om det kunne være tilfeller hvor det var særlig grunn for å fravike overvektskravet. Departementet konkluderte med at de ikke så noen grunn til at konkurranseloven skal ta som ”utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak”.⁹⁰

Arbeids- og administrasjonsdepartementet var dermed uenige med utvalget i at det måtte legges til grunn et skjerpet beviskrav i overtredelsessaker.⁹¹ Departementet og utvalget vurderte de reelle hensynene for å fravike det sivilprosessuelle utgangspunktet annerledes, og departementet vektet hensynet til samfunnet og forbrukernes interesser tyngre, enn hensynet til foretakenes interesse i å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort.

I innstillingen fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen ble departementets vurderinger i spørsmålet om beviskrav lagt til grunn. Komiteens flertall mente at det ikke er grunn til å avvike de alminnelige bevisregler i sivile saker.⁹² Bare komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet mente at ved illeggelse av overtredelsesgebyr, så måtte det stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at overtredelsen har funnet sted, og var dermed enige i konkurranselovkomiteens konklusjoner.

Det var dermed en sterk lovgiverintensjon om at det vanlige overvektsprinsippet skal gjelde ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Lovgiverne konkluderte med at det ikke behøves sterkere beviskrav en alminnelig sannsynlighetsovervekt, for at det skal anses bevist at et foretak eller en sammenslutning av foretak har overtrådt konkurransereglene og kan sanksjoneres i tråd med konkurranseloven § 29.

⁸⁹ Ot.prp.nr 6 (2003-2004) s. 117.

⁹⁰ i.c.

⁹¹ i.c.

⁹² Innst.O.nr. 50 (2003-2004) kapittel 2.7.

5.2 Hvilke beviskrav er lagt til grunn i praksis knyttet til konkurranseloven?

5.2.1 SAS-dommen

SAS-dommen⁹³ er den eneste dommen i norsk rettspraksis hvor retten uttaler seg om beviskrav ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Saksforholdet i tingrettsdommen var at Konkurransetilsynet hadde ilagt flyselskapet SAS et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner for konkurranseskadelig underprising på flyruten mellom Oslo og Haugesund, hvor SAS var dominerende aktør. Konkurransetilsynet fant det bevist at SAS hadde utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling i markedet etter krrl. § 11. Tingretten opphevet Konkurransetilsynets vedtak, da retten vurderte faktum i saken annerledes.

Tingrettsdommen har en inngående drøftelse av beviskravet ved overtredelsesgebyr. Retten bemerket at utgangspunktet i sivile saker er at bevisene vurderes etter hva som er det mest sannsynlige, men uttalte også at "[t]yper av saker kan likevel ligge slik an at dette må fravikes".⁹⁴ Dette er i tråd med hva som er lagt til grunn i den forvaltningsrettslige teorien, og det må ses på sakens karakter og hvor inngripende et vedtak er. Tingretten la også til grunn at SAS-vedtaket reflekterer bøtelegging som har et klart preg av straff, og viste til at det stilles høye krav til bevis i straffesaker.⁹⁵

Retten la til grunn forarbeidenes uttalelser om beviskrav ved overtredelsessaker, og kom frem til at det ikke kunne stilles krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Retten la etter dette til grunn at alminnelig sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig.

Tingretten drøftet kort forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2, og kom frem til at rettens konklusjoner ikke var i strid med uskyldspresumsjonen. Retten viste også til praksis fra EMD-domstolen, og konkluderte med at det ikke forelå praksis fra domstolen knyttet til

⁹³ TOSLO-2005-111347.

⁹⁴ i.c.

⁹⁵ i.c.

bestemmelsen som tilsa en annen konklusjon.⁹⁶ Retten var av den oppfatning at EMK artikkel 6 nr. 2 henviser til de nasjonale reglene om beviskrav, da bestemmelsen har formuleringen ”inntil skyld er bevist etter loven”.

Dommen fra Oslo tingrett viser at retten la til grunn at det ikke var tale om et skjerpet krav til sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Retten støttet seg til forarbeidenes uttalelser om at det ikke forelå noen grunn til å avvike fra de alminnelige bevisreglene i sivile saker.⁹⁷ Retten la dermed avgjørende vekt på hvilket beviskrav som ble forutsatt i lovens forarbeider. Tingretten konkluderte også med at beviskravet ikke var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Dommen viser dermed at rettens oppfatning var at uskyldspresumsjonen ikke stiller krav til bevisets styrke i nasjonale domstoler.

5.2.2 TINE-vedtaket⁹⁸

Sommeren 2007 ila Konkurransetilsynet TINE BA et overtredelsesgebyr på 45 millioner kroner for overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. Tilsynet hadde funnet det bevist at TINE hadde inngått en avtale eller hadde en felles forståelse med dagligvarekjeden Rema 1000, om at TINE skulle være eneleverandør eller tilnærmet eneleverandør av enkelte ostetyper i bestemte Rema-butikker.

Konkurransetilsynet la til grunn i notatet at illeggelse av overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som vil følge de sivilprosessuelle reglene, og at utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Tilsynet viste til forarbeidene til konkurranseloven, og mente at lovgivers intensjon var klar på spørsmålet om beviskrav. I forarbeidene ble det lagt til grunn, som beskrevet tidligere, at

⁹⁶ i.c.

⁹⁷ Innst.O.nr. 50 (2003-2004) s. 41.

⁹⁸ Vedtak V2007-2 – TINE BA.

beviskravet for å ilegge overtredelsesgebyr var alminnelig sannsynlighetsovervekt, og tilsynet sluttet seg til dette.⁹⁹

Vedtaket viser at tilsynets praksis samsvarte med det beviskravet som var lagt til grunn i forarbeidene og i SAS-dommen.¹⁰⁰ Tilsynet drøftet ikke eventuelle reelle hensyn som kunne tale for å anvende et skjerpet beviskrav, og organet tok ikke stilling til om beviskravet strider mot EMK artikkel 6 nr. 2.

5.3 Hvilket beviskrav er lagt til grunn i teorien knyttet til konkurranseloven?

I teorien har spørsmålet om beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr blitt noe drøftet. Det har blant annet vært diskutert om argumentene som oppstilles i forarbeidene for å benytte overvektskravet, er holdbare. Familie-, kultur og administrasjonskomiteen la til grunn i sin innstilling at beviskravet i overtredelsessaker er vanlig sannsynlighetsovervekt, i likhet med "andre gebyrlignende saker".¹⁰¹ Teorien har vært kritisk til denne begrunnelsen.

Hans Petter Graver har som beskrevet overfor lagt til grunn at hvor ileggelse av en forvaltningssanksjon forutsetter et sterkt klandreverdig forhold, må utgangspunktet være at det gjelder et krav om mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt, dersom hensynene for overvektsprinsippene ikke skulle tilsi noe annet. Forfatteren er kritisk til at departementet har konkludert med at det i overtredelsessaker ikke foreligger særlige hensyn utover det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker.¹⁰² Som omtalt ovenfor, vil hensynet til å unngå uriktige avgjørelser i den private partens disfavør, kunne ha stor vekt ved tyngende forvaltningsavgjørelser. Graver er av den oppfatning at dette hensynet også vil gjelde ved overtredelsessaker etter konkurranseloven.¹⁰³

⁹⁹ *ibid.* s. 86.

¹⁰⁰ TOSLO-2005-111347.

¹⁰¹ Innst.O.nr. 50 (2003-2004) kapittel 2.7.

¹⁰² Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 492.

¹⁰³ *ibid.* s. 493.

Graver stiller seg også kritisk til departementets argumenter om at en feilaktig dom i disfavør av et foretak er å foretrekke, fremfor en feilaktig dom som går utover forbrukerne. Forfatteren mener at dette ikke vil være et relevant hensyn, da en frifinnelse for krav om overtredelsesgebyr ikke vil gå utover potensielle skadelidtes rettigheter.¹⁰⁴

Til tross for at Graver ikke ser på lovgivers argumenter som ”særlig overbevisende”, legger forfatteren til grunn at ved ilegging av overtredelsesgebyr, er lovgivers vilje at det benyttes det vanlige overvektskravet for sivile saker. Forfatteren legger vekt på at det er grunn til å tro at i slike tilfeller, hvor lovgiverintensjonen er tydelig, vil det ha betydning ved fastleggelsen av beviskrav ved ilegging av overtredelsesgebyr.¹⁰⁵ Graver avviser at det kan bli tale om et strafferettslig beviskrav ved ilegging av overtredelsesgebyr. Forfatteren stiller seg derimot mer usikker til spørsmålet om det er grunnlag for å operere med et skjerpet beviskrav i overtredelsessaker.¹⁰⁶

Konklusjonen må uansett bli at det i norske forarbeider har blitt lagt til grunn at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig ved vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, og teorien har i mer eller mindre grad sluttet seg til dette.

5.4 Beviskrav i overtredelsessaker i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2

I norsk teori har det blitt drøftet om EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke i forhold til vedtak om overtredelsesgebyr. Det er lagt til grunn at ved bruk av forvaltningssanksjoner, så pålegger bestemmelsen forvaltningen en noe mer omfattende bevisbyrde enn det som følger av vanlige regler.¹⁰⁷ Det har imidlertid vært usikkerhet

¹⁰⁴ i.c.

¹⁰⁵ i.c.

¹⁰⁶ *ibid.* s. 497.

¹⁰⁷ *ibid.* s. 466.

knyttet til hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til et mer skjerpet beviskrav enn overvektsprinsippet.

Ser man på forholdet mellom det strafferettslige beviskravet og EMK artikkel 6 nr. 2, så uttalte Høyesterett i en dom som gjaldt anke over straffeutmålingen for en narkotikaforbrytelse at det kan utledes en bevisstyrke fra EMK artikkel 6.¹⁰⁸ Høyesterett la til grunn at prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode kommer til uttrykk i uskyldspresumsjonen.¹⁰⁹ Høyesterett hadde ingen selvstendig behandling av spørsmålet om bestemmelsen stiller krav til nasjonale beviskrav.

Retten la dermed til grunn at for å avgjøre en straffeanklage mot en person, så krever uskyldspresumsjonen at det foreligger mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt.¹¹⁰ Dommens konklusjoner ble også vektlagt i Rt. 2007 s. 1217, som behandles nærmere i kapittel 6.

Det er vanlig i norsk teori å hevde at det strafferettslige overvektskravet kommer til uttrykk i EMK artikkel 6 nr. 2.¹¹¹ Samtidig er det fremmet tvil om hvorvidt dette er en riktig tolkning av EMK artikkel 6 nr. 2. Hans Petter Graver fremhever at ordlyden i uskyldspresumsjonen viser til ”bevist etter loven”, noe som etter hans mening tyder på at det er opp til nasjonal rett å foreskrive bevisregler, og at disse reglene må være fulgt for at det ikke skal foreligge brudd på konvensjonen.¹¹²

Graver ser det som tvilsomt at det er dekning i EMDs praksis for å oppfatte bestemmelsen slik at den stiller krav til nasjonal sannsynlighetsgrad, utover at bestemmelsen må innebære

¹⁰⁸ Rt. 1998 s. 1945.

¹⁰⁹ *ibid.* på s. 1947.

¹¹⁰ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 486.

¹¹¹ *ibid.* s. 485.

¹¹² *i.c.*

at en tiltalt ikke kan domsfelles uten at det er mer sannsynlig at han er skyldig enn at han ikke er det.¹¹³

Asbjørn Strandbakken legger til grunn at EMK artikkel 6 nr. 2 først og fremst omhandler bevisføringsplikten. Det er staten ved påtalemyndigheten som må bevise at tiltalte er skyldig, og tiltalte behøver ikke å bevise sin uskyld.¹¹⁴ Strandbakken viser til at uttrykket ”any doubt should benefit the accused” som ble lagt til grunn av EMD i *Barberà-dommen*¹¹⁵ vil etter norsk oversettelse innebære at hvilken som helst tvil skal komme tiltalte til gode. Forfatteren fremhever at det i realiteten alltid vil eksistere tvil i en straffesak.

Strandbakken konkluderer med at formuleringen ikke gir noen særlig retningslinjer for innholdet av beviskravet utover at det i straffesaker må opereres med et strengt krav.¹¹⁶

Bjørn O. Berg er kritisk til Strandbakkens konklusjoner, og legger vekt på at beviskravet har etter praksis fra EMD blitt formulert slik at enhver tvil skal komme tiltalte til gode.¹¹⁷ Etter Bergs syn har EMD ikke gitt klare anvisninger på hvordan dette uttrykket skal forstås, men forfatteren hevder at formuleringen ”any doubt should benefit the accused” tar sikte på å angi et beviskrav, og ikke bare kan forstås som et uttrykk for at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Berg hevder at senere avgjørelser fra EMD heller ikke kan tilsi en annen forståelse enn dette.¹¹⁸

Berg antar at ved forvaltningssanksjoner som har karakter av straff, så er et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt konvensjonsmessig. Et krav om alminnelig

¹¹³ i.c.

¹¹⁴ Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen*, 2002, s. 340.

¹¹⁵ *Case Of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* avsnitt 77.

¹¹⁶ Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen*, 2002, s. 341.

¹¹⁷ *Case of Barberà , Messegué and Jabardo v. Spain* avsnitt 77.

¹¹⁸ Berg, Bjørn O. *Forvaltningssanksjoner*, 2005, s. 206-207.

sannsynlighetsovervekt vil derimot etter Bergs oppfatning neppe tilfredsstillende konvensjonens krav.¹¹⁹

Standpunktet som ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1998 s. 1945, må i utgangspunktet også omfatte forvaltningsvedtak som faller innunder EMKs straffebegrep.¹²⁰ Til tross for rettens konklusjoner, ser det likevel ikke ut som om at det i teorien er enighet om uskyldspresumsjonens rekkevidde ved forvaltningssanksjoner. Hans Petter Gravers syn er at ut fra de foreliggende rettskilder er det et "temmelig åpent spørsmål" om norske domstoler vil komme til at de er forpliktet til å anvende strengere krav til bevisvurderingen ved forvaltningssanksjoner, enn kravet til alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹²¹

Teorien er mer eller mindre sprikende i synet på forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2. Det må også tas hensyn til at man ikke befinner seg ikke innenfor strafferettens kjerneområde. Det er tale om økonomiske sanksjoner som forvaltningen legger for å håndheve en økonomisk reguleringslovgivning av stor betydning, hvor ved lovstridig adferd er store fortjenestemuligheter, og de sosiale sperrene mot slik adferd er små.¹²²

5.5 Kan EU-rettsens konkurranseregler ha betydning ved fastleggelse av beviskravet i norsk konkurranserett?

Norske konkurranseregler er som beskrevet tidligere bygget etter mønster fra EF-traktatens og EØS-avtalens konkurranseregler. Innen EU-retten er spørsmålet om beviskrav noe uavklart. EF-domstolen har ikke formulert noen generell standard i konkurransesaker, eller gått inn på abstrakte diskusjoner om beviskravene. I mange saker har domstolen bare

¹¹⁹ i.c.

¹²⁰ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 486-487.

¹²¹ ibid. s. 487.

¹²² ibid. s. 497.

foretatt en gjennomgang av bevisene, og deretter avvist eller tatt påstanden til følge uten nærmere begrunnelse.¹²³

Man kan trolig hevde at ved Kommisjonens håndhevelse av reglene, så praktiseres det et krav om høyere grad av sannsynlighet enn alminnelig sannsynlighetsovervekt før det kan ilegges overtredelsesbøter etter konkurransereglene i artikkel 81 eller 82.¹²⁴ Det er få klare uttalelser om dette i rettspraksis og teorien er noe sprikende på dette feltet.¹²⁵ Erling Hjelmeng konkluderer med at EF-domstolenes uttalelser ”tilsier at beviskravet er høyt”.¹²⁶

Siden spørsmålet om beviskravet i EUs konkurranserett er såpass uavklart, er det vanskelig å si noe generelt om hvilket beviskrav Kommisjonen vil legge til grunn. Både Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng legger til grunn at beviskravet trolig er høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, uten at forfatterne diskuterer om det går i retning av det strafferettslige beviskravet.

I fortalen til rådsforordning 1/2003 om gjennomførelsen av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82, avsnitt 5 angis det at forordningen ikke berører de nasjonale reglene om beviskrav. Forordningen angir her uttrykkelig at det opp til nasjonale regelverk å avgjøre kravet til bevisstyrken. Beviskravet i EUs konkurranserett må etter dette anses å være en del av EUs egen forvaltningsrett, og den vil dermed ikke være bindende for forvaltnings- og prosessretten i medlemsstatene.¹²⁷

Etter dette vil det fellesskapsrettslige beviskravet ikke legge noen direkte føringer på bevisvurderingen i nasjonal rett i forbindelse med overtredelsessaker.

¹²³ Hjelmeng, Erling. *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen*, 2003, s. 654.

¹²⁴ Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, 2004, s. 494.

¹²⁵ i.c.

¹²⁶ Hjelmeng, Erling *op. cit.*, s. 654.

¹²⁷ Graver, Hans Petter. *op. cit.*, s. 495.

Fortalen til rådsforordningen forutsetter at nasjonal lovgivning er forenelig med fellesskapsretten alminnelige prinsipper. Spørsmålet her vil da være om de *alminnelige prinsipene* kan legge føringer på det nasjonale beviskravet i overtredelsessaker.

I fellesskapsretten er blant annet uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 en grunnleggende rettighet. Det er i teorien antatt ser det som tvilsomt at det samme kan hevdes om kravet til sterkere bevis for å ilegge foretaksbøter. Beviskravsregelen er ikke omtalt av EF-domstolen som en grunnleggende rettighet i saker som den kan utledes fra.¹²⁸

I dommen Hüls AG mot Kommissjonen¹²⁹ anførte Hüls som ankende part at både uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, reglene om bevisstyrke og bevisbedømmelse er alminnelige rettsgrunnsetninger,¹³⁰ som retten hadde tilsidesatt. EF-domstolen la her til grunn at uskyldspresumsjonen inngår blant de grunnleggende rettighetene,¹³¹ men retten angir ikke at bevisreglene også er en grunnleggende rettighet i fellesskapsretten.

I unionens rettighetscharter er det i artikkel 48 slått fast at ”enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses or uskyldig, indtil hans/hendes skyld er bevist i overenstemmelse med loven”. Det kan leses ut fra bestemmelsen at den henviser til beviskravet som angis i nasjonal lovgivning, og den inneholder ikke en regulering av beviskravet. Artikkelen svarer til EMK artikkel 6 nr. 2, og i artikkel 52 (3) angis det at i det omfang charteret inneholder rettigheter som svarer til de rettigheter som er fastlagt i EMK, så har rettighetene i charteret samme omfang og betydning som i konvensjonen. Siden artikkel 48 eller rettspraksis gir noen holdepunkter for å gå lengre enn EMK, innebærer det

¹²⁸ Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng. *Norsk konkurranserett bind II: Prosess og sanksjoner*, 2006, s. 151.

¹²⁹ C-199/92 P Hüls AG mod Kommissionen.

¹³⁰ *ibid.* avsnitt 65.

¹³¹ *ibid.* avsnitt 149.

at beviskravet etter fellesskapsretten ikke kan anses å legge større føringer på nasjonale bevisregler enn det EMK gjør.¹³²

5.6 Sammenfatning av rettstilstanden og rettsoppfatninger i konkurranseretten før Rt. 2007 s. 1217.

Rettstilstanden om beviskrav på konkurranserettens område kan i stor grad sies å ha vært fastlagt i forarbeidene til konkurranseloven. Konkurranseloven gir ikke svar på hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved vurdering av faktum, men i forarbeidene har lovgiver gitt klare signaler om at det alminnelige beviskravet som gjelder på sivilprosessens område, også skal gjelde ved overtredelsessaker i konkurranseretten. Etter dette er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å anse et faktum bevist.

I teorien har beviskrav blitt drøftet i forhold til forvaltningssanksjoner generelt. Teoretikere som Hans Petter Graver har sett beviskravet i forhold til reelle hensynene som kan tale for at det må anvendes et skjerpet beviskrav. Sakens karakter og hensynet til hvor inngripende et vedtak kan være for den som blir pålagt plikten, har vært fremtredende. Hensynet til at et feilaktig vedtak vil ramme den ene parten i langt større grad enn hva et feilaktig vedtak vil ramme den andre parten i motsatt tilfelle, har blitt vektlagt tungt. Dette hensynet synes også å ha vært avgjørende for at Høyesterett i Rt. 1999 s. 14 la til grunn et skjerpet beviskrav ved administrativ inndragning. Det har blitt lagt til grunn at det i slike tilfeller er som alminnelig utgangspunkt grunn til å stille strengere krav til sannsynlighets før en avgjørelse treffes i disfavør av parten.

På konkurranserettens område har imidlertid hensynet til forbrukernes interesser blitt veiet tyngre, enn foretakets interesse av ikke å bli ilagt overtredelsesgebyr på feilaktig grunnlag. Departementet tilbakeviste Konkurranselovkomiteens vurderinger om at særlige hensyn skulle tilsi et skjerpet beviskrav, og mente at de alminnelige bevisreglene i sivilprosessen også måtte gjelde i forhold til overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Det har fra

¹³² Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng. *Norsk konkurranserett bind II: Prosess og sanksjoner*, 2006, s. 151.

teoretisk hold blitt satt enkelte spørsmålstegn ved departementets vurderinger, men da lovgivers intensjoner har vært såpass klare på dette punktet, så har overvektsprinsippet blitt lagt til grunn. Konkurransetilsynet har i sine vedtak fulgt opp uttalelsene i forarbeidene, og da Tingretten prøvde SAS-vedtaket la retten til grunn at overvektsprinsippet var tilstrekkelig.

I forhold til om EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til nasjonale beviskrav, synes det som om spørsmålet har stått mer eller mindre åpent. Tingretten la til grunn i SAS-dommen at ordlyden i uskyldspresumsjonen henviste til de nasjonale beviskravene, og at Konkurransetilsynets praksis når det gjaldt bevisvurdering var i samsvar med konvensjonsbestemmelsen.

På den andre siden så la Høyesterett til grunn i Rt. 1998 s. 1945 at også prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er kommet til uttrykk i konvensjonsbestemmelsen. Da Høyesterett ikke hadde en selvstendig behandling av EMK artikkel 6 nr. 2, kan det vanskelig tenkes at det dermed er opplagt at bestemmelsen inneholder et beviskrav i seg selv.

Forarbeidene til konkurranseloven tok ikke opp spørsmålet om uskyldspresumsjonen stilte krav til det nasjonale beviskravet. Det kan etter dette trolig konkluderes med at lovgiver presumerte at nasjonale beviskrav var i overensstemmelse med EMK artikkel 6 nr. 2. Problemstillingen har nå blitt grundig behandlet i Høyesterett og det er rettens konklusjoner jeg skal ta stilling til i den videre besvarelsen.

6 Rt. 2007 s. 1217

6.1 Hvilken konklusjon trakk Høyesterett om beviskrav i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2?

Høsten 2007 tok Høyesterett for seg spørsmålet om EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke i nasjonal rett. Dommen ble avgjort under dissens og dommerne var splittet i synet på om det kan utledes et beviskrav fra konvensjonsbestemmelsen. Dommen omhandler spørsmål knyttet til beviskrav ved forvaltningssanksjoner som har karakter av straff, og vil etter dette også ha relevans ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

Dommen inntatt i Rt. 2007 s. 1217 dreide seg om to fiskefartøyer eid av henholdsvis Rederi KS og A. Eierne ble anklaget for å ha brutt forskrift 21. desember 2002 om regulering av fisket etter makrell i 2003 § 23 første ledd. Bestemmelsen forbyr at fangst blir overført fra ett fartøy til et annet. Under en kontroll av inspektører fra Fiskeridirektoratet ble det funnet bevis for at fangsten som var innmeldt på fiskefartøyet til A egentlig var fisket av B Rederi KS. Bevisene som lå til grunn for anklagen bygde blant annet på at på As fartøy var noten i stor grad tørr og at det ble funnet rått fisk i den, mens noten på fiskefartøyet eid av Rederi KS var våt og hadde rester av fersk makrell.

På bakgrunn av dette vedtok Fiskeridirektoratet i september 2003 at A skulle få inndratt fangsten med hjemmel i saltvannsfiskeoven § 11 tredje ledd. Kort tid etter vedtok direktoratet å inndra ervervstillatelsene til både B Rederi KS og A for et tidsrom på cirka to måneder, i medhold av deltakerloven § 11 andre ledd bokstav e, jf. tredje ledd.

Både inndragningsvedtaket og vedtakene om tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelsene ble påklaget til Fiskeridepartementet, men departementet avgjorde i april 2004 at ingen av klagene skulle tas til følge. Av de innledende bemerkningene i Rt. 2007 s. 1217 fremgår det at departementet la til grunn at det ikke kan stilles strafferettslige beviskrav ved tilbakekall av ervervstillatelser og inndragning av fangst. Departementets syn var at det var

tilstrekkelig at det forelå klar sannsynlighetsovervekt for de forholdene som dannet grunnlaget for sanksjonen mot fiskefartøyene, og at dette beviskravet var oppfylt.

Inndragelsen av fangsten og den tidsbegrensede tilbakekallelsen av ervervstillatelsene til fartøyene påførte eierne av fartøyene milliontap, og de gikk til sak for å få kjent vedtaket ugyldig. Eierne anførte at vedtakene om tilbakekallelsene av ervervstillatelsene og inndragningsvedtaket var ugyldige, da de bygget på uriktig faktum. I tillegg krevde eierne av fiskefartøyene erstatning for tapt fangst som følge av tilbakekallelsen av tillatelsene og for verdien av den inndratte fangsten. Bergen tingrett konkluderte i mai 2005 med at det forelå klar sannsynlighetsovervekt for at overtredelsen hadde funnet sted, og staten ble dermed frifunnet.

Både B Rederi KS og A påanket tingrettens dom til Gulating Lagmannsrett. For lagmannsretten gjorde de ankende parter gjeldende at vedtakene var ugyldige. Partene hevdet at etter Engel-kriteriene falt vedtakene inn under EMKs autonome straffebegrep om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹³³ Partene anførte at siden vedtakene måtte anses som straff i EMKs forstand, måtte et strafferettslig beviskrav legges til grunn. Staten anførte på sin side at EMK artikkel 6 nr. 2 ikke gir anvisning på et bestemt beviskrav selv om reaksjonen er straff i EMKs forstand.¹³⁴

Lagmannsretten kom i september 2006 frem til at tilbakekallelsen av ervervstillatelsene måtte regnes som straff i EMKs forstand, men ikke inndragningsvedtaket. Selv om vedtakene om tilbakekallelse av ervervstillatelsene falt innunder straffebegrepet etter konvensjonsbestemmelsen, fant lagmannsretten at det ikke var grunnlag for å benytte et strafferettslig beviskrav i vurderingen.¹³⁵ Lagmannsretten kom frem til at det måtte stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt, og retten fant dette beviskravet oppfylt. Tingrettens dom ble derfor stadfestet.

¹³³ LG-2005-115845.

¹³⁴ i.c.

¹³⁵ i.c.

B Rederi KS og A påanket lagmannsrettens rettsanvendelse til Høyesterett. For Høyesterett anførte de ankende partene at også inndragningsvedtaket måtte anses som straff etter EMK artikkel 6 nr. 2, og at det etter bestemmelsen følger at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Staten fastholdt at det ikke kunne utledes noe beviskrav etter EMK artikkel 6 nr. 2, og at det er opp til den enkelte stat selv å bestemme beviskravet. Staten anførte subsidiært at det i alle fall ikke kunne legges til grunn et strengere beviskrav enn kvalifisert sannsynlighetsovervekt.¹³⁶

Spørsmålene Høyesterett tok stilling til var for det første om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke for å kunne ilegge en sanksjon som har karakter av straff. Det andre spørsmålet i saken var om inndragning av fangst etter saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd skal anses som straff i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2. Besvarelsens problemstilling omhandler beviskrav, og etter dette avgrenses drøftelsen av høyesterettsdommen til rettens behandling av spørsmålet om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke.

Flertallet så det som mest naturlig å forstå EMK artikkel 6 nr. 2 slik at formuleringen ”until proved guilty” viste til et beviskrav.¹³⁷ Skoghøy la også vekt på at bestemmelsens formål om at den skal forhindre at uskyldige blir dømt, peker i denne retningen.

Flertallet i Høyesterett så imidlertid ikke ordlyden i uskyldspresumsjonen og dens formål som så klare at de er avgjørende for at bestemmelsen oppstiller et beviskrav.¹³⁸ Flertallet støttet synspunktet på EMD-praksis og spesielt på avgjørelsen Barberà mfl. mot Spania,¹³⁹ som er fulgt opp i flere andre EMD-avgjørelser. I Barberà-saken uttalte EMD i avsnitt 77 at:

¹³⁶ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 27.

¹³⁷ *ibid.* avsnitt 51.

¹³⁸ *ibid.* avsnitt 53.

¹³⁹ Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain.

”Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused.”

Flertallet konkluderte med at uttalelsen vanskelig kunne forstås på noen annen måte enn at EMK artikkel 6 nr. 2 ikke bare angir hvem som har bevisbyrden, men også oppstiller et beviskrav.¹⁴⁰

Flertallet gikk deretter inn på en drøftelse om hvor strengt beviskravet er.¹⁴¹ Dommer Skoghøy la vekt på at EMDs uttalelser, om at enhver tvil skal komme tiltalte til gode, måtte forstås i overensstemmelse med et mer nyansert beviskrav i dommen Geerings mot Nederland.¹⁴² I Geerings-dommen ble det stilt krav om bevis ”utover rimelig tvil”.¹⁴³ Flertallet støttet seg på avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1945, som omtalt ovenfor, og mente at formuleringen av beviskravet i Geerings-dommen samsvarte med uttalelsene i høyesterettsdommen.¹⁴⁴

Flertallet la videre vekt på at kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, ikke kunne håndheves like strengt i alle relasjoner, men at det måtte skilles mellom de ulike straffbarhetsbetingelsene, og i noen grad måtte spørsmålet om hva som anes som rimelig tvil, også bero på sakens art. Skoghøy fremhevet at dette gjaldt i særlig grad ved illeggelse av forvaltningssanksjoner som ikke har karakter av straff i nasjonal rett, men som blir betraktet som straff etter EMK artikkel 6.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 54.

¹⁴¹ *ibid.* avsnitt 63.

¹⁴² Case of Geerings v. the Netherlands.

¹⁴³ Case of Geerings v. the Netherlands avsnitt 47.

¹⁴⁴ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 64.

¹⁴⁵ *i.c.*

Flertallet viste til at EMD i saken Jussila mot Finland¹⁴⁶ la EMD lagt til grunn at rettssikkerhetsgarantiene som EMK artikkel 6 nr. 2 sikret i straffesaker, ikke kunne håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel er straff i EMKs forstand. Flertallet la til grunn at dette også måtte gjelde for beviskravet i artikkel 6 nr. 2.

Skoghøy uttalte at avhengig av hvor inngripende en forvaltningssanksjon er, ville kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter omstendighetene kunne tilfredsstille kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Det avgjørende måtte være hva det overordnede krav til rettferdig rettergang tilsa, og ved vurderingen måtte det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettshåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis.¹⁴⁷

I begrunnelsen for midlertidig tilbakekall av ervervstillatelsen hadde lagmannsretten lagt til grunn at kvalifisert sannsynlighet var tilstrekkelig, og etter flertallets oppfatning hadde lagmannsretten forstått og anvendt beviskravet i EMK artikkel 6 nr. 2 riktig.¹⁴⁸ Spørsmålet i saken gjaldt bare om kvalifisert sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig og staten ble derfor frifunnet.

Den avgjørende uttalelsen til flertallet hvor strengt beviskravet ved forvaltningssanksjoner skal være, kom i et obiter dictum. Skoghøy uttalte at "[s]iden tilbakekall av ervervstillatelser på grunn av brudd på fiskerilovgivningen må anses som straff etter EMK artikkel 6, kan det på den annen side ikke være akseptabelt å stille lavere beviskrav".¹⁴⁹ Konklusjonen fraviker etter dette fra det sivilprosessuelle utgangspunktet om beviskrav.

¹⁴⁶ Case of Jussila v. Finland avsnitt 43.

¹⁴⁷ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 65.

¹⁴⁸ *ibid.* avsnitt 66.

¹⁴⁹ *i.c.*

Konklusjonen til Høyesterett er etter dette at i bevisvurderingen av forvaltningssanksjoner som har karakter av straff vil alminnelig sannsynlighetsovervekt være i strid med uskyldspresumsjonen. Høyesterett legger dermed til grunn at det må opereres med et skjerpet beviskrav i vedtak om forvaltningssanksjoner som har karakter av straff. Etter dette vil det gjelde et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr.

Mindretallet sa seg imidlertid uenige i at EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav etter ordlyden eller som følge av praksis fra EMD.¹⁵⁰ Andrevoterende hevdet at ordlyden i uskyldspresumsjonen forutsa at det konkrete beviskravet i en sak skulle fastsettes i nasjonal rett. Mindretallet gjorde også gjeldende at det ikke kunne utledes noe bestemt beviskrav fra EMD-avgjørelsene som flertallet la vekt på, og at det ikke forelå noen avgjørelser fra EMD som setter til side et særskilt beviskrav oppstilt i nasjonal rett.¹⁵¹

6.2 Betydningen av dissens og obiter dictum

Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2007 s. 1217 ble avsagt under størst mulig dissens av Høyesterett i avdeling. Siden dommen ikke ble enstemmig vedtatt, så kan det bety at lovgiver kan stå noe friere i den videre lovutviklingen på området. Forarbeidene til konkurranseloven gir klart uttrykk for at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, og det kan eventuelt tenkes at høyesterettsdommen blir vektlagt mindre hos lovgiver da dommen i tillegg ble avgjort under dissens.

Nyere høyesterettsavgjørelser som kan berøre temaet om beviskrav i forhold til EMK artikkel 6 nr. 2 vil også være mindre bundet til konklusjonene i Rt. 2007 s. 1217, enn hvis dommen hadde blitt avsagt med rettens flertall. Dommen vil etter dette inneha en mindre rettskildemessig vekt enn om den hadde vært enstemmig. Det kan tenkes at Høyesterett i plenum kan tilbakevise konklusjoner til Høyesterett i avdeling. På den andre siden kan det

¹⁵⁰ *ibid.* avsnitt 77.

¹⁵¹ *ibid.* avsnitt 85 og 90.

også tenkes at mindretallet vil bøye seg for flertallets konklusjoner i Rt. 2007 s. 1217 dersom de sentrale spørsmålene kommer opp på nytt i Høyesterett i avdeling. Et eksempel på at mindretallet i en tidligere sak har støttet seg på flertallet i neste sak som omhandler samme tema, er plenumsdommene *Røstad* og *Skjelsvik*.¹⁵²

Høyesteretts uttalelser om at det ved forvaltningssanksjoner ikke kan være akseptabelt å stille lavere beviskrav, står som obiter dictum.¹⁵³ Spørsmålet i dommen var om kvalifisert sannsynlighetsovervekt var tilstrekkelig, og uttalelsen var ikke nødvendig for begrunnelsen av resultatet i saken. I tidligere Høyesterettspraksis er bruk av obiter dicta ikke uvanlig, og det kan sies å være flere avgjørelser som kan sies å ha vært vellykket ved bruk av obiter dicta.¹⁵⁴

Høyesterettsavgjørelsen i Rt. 1983 s. 1004 er et eksempel på at retten kommer med uttalelser som ikke har betydning for sakens utfall. Dommen omhandlet en avskjedssak av sogneprest Børre Knudsen, som hadde nedlagt den statlige del av sitt embete som protest mot adgangen til selvbestemt abort. Høyesterett uttalte seg i et obiter dictum om den nye bestemmelsen måtte anses som ugyldig. Sogneprestens engasjement i abortspørsmålet var bare en del av en større samfunnsdebatt som kom med endringen i abortlovgivningen i 1978, og Høyesterett benyttet anledningen til å komme med uttalelser om den juridiske siden av debatten.¹⁵⁵

Konklusjonen må bli at det trolig har liten betydning for dommens rettskildevekt at uttalelsen om at det måtte legges til grunn et skjerpet beviskrav stod som obiter dicta. Uttalelsen fulgte naturlig etter et resonnement om beviskravet i EMK artikkel 6 nr. 2.

¹⁵² Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295.

¹⁵³ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 66.

¹⁵⁴ Aasland, Gunnar. *Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis*, 2006, s. 392.

¹⁵⁵ i.c.

6.3 Flertallets tolkning av praksis fra EMD

6.3.1 Kan det leses ut av EMDs uttalelser at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav?

Flertallet underbygger sitt standpunkt om at EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav i en rekke avgjørelser fra EMD. Kjernen i uenigheten mellom flertallet og mindretallet i høyesterettsavgjørelsen er hvordan disse uttalelsene fra EMD skal forstås. Jeg vil videre ta for meg de avgjørelsene fra EMD som flertallet legger mest vekt på, og drøfte EMDs uttalelser i lys av mindretallets syn på de samme avgjørelsene. Jeg vil i tillegg se på enkelte uttalelser fra EMD som mindretallet støtter sitt standpunkt på.

Dommer Skoghøy la som representant for flertallet til grunn at EMD i Barberà-dommen, og en rekke etterfølgende avgjørelser, hadde forstått EMK artikkel 6 nr. 2 som at den oppstiller et beviskrav.

I Barberà-dommen var saksforholdet at Mr. Barberà, Mr. Messegué og Mr. Jabardo ble dømt for drapet på en spansk forretningsmann. To av mennene hadde festet eksplosiver rundt brystet på forretningsmannen, og deretter truet han for en større sum penger. Han ble senere drept da sprengstoffet eksploderte. De tre dømte mennene klaget Spania inn for EMD for brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og 2. Grunnlaget for klagen var at de ankende parter hevdet at de ikke hadde fått en rettferdig rettergang foran en uavhengig og upartisk domstol, og at de hadde blitt dømt på grunnlag av tilståelser som hadde kommet frem ved tortur.¹⁵⁶

Uttalelsen i Barberà-dommen som flertallet i Høyesterett la til grunn for at EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav, er at domstolen uttaler at enhver tvil skulle komme tiltalte til gode.¹⁵⁷ Flertallet la til grunn at denne uttalelsen ”vanskelig kunne forstås” på noen annen

¹⁵⁶ Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain avsnitt 47.

¹⁵⁷ *ibid.* avsnitt 77.

måte.¹⁵⁸ Mindretallet var derimot uenige i at det kunne utledes noe bestemt beviskrav av Barberà-dommen eller av de senere avgjørelsene som flertallet viste til.¹⁵⁹ Andrevoterende hevdet at domstolen med uttrykksmåten enhver tvil skal komme tiltalte til gode henviste til et overordnet prinsipp, og ikke hadde som formål å etablere et operasjonelt beviskrav.¹⁶⁰

Flertallet la etter dette til grunn en alminnelig ordlydsforståelse av EMDs uttalelser i Barberà-saken, uten å gå inn på en nærmere drøftelse av saksforholdet. Det er usikkert om det kan utledes noe så konkret av bestemmelsen, eller om EMD bare viser til et overordnet prinsipp. EMD uttaler riktignok at det i straffesaker må ved innsamling av bevis og bevisførsel ses i lys av EMK artikkel 2 og 3.¹⁶¹ Uttalelsen viser at konvensjonsbestemmelsen må tas hensyn til, men den sier lite om hvilke beviskrav som stilles.

Flertallet la tilsvarende til grunn i Telfner-dommen.¹⁶² I likhet med Barberà-saken uttales det også i Telfner-saken at enhver tvil skal komme tiltalte til gode. EMD uttaler i Telfner-saken at EMK artikkel 6 nr. 2 krever blant annet at domstolen ikke kan ha en forhåndsoppfatning om at tiltalte er skyldig, at bevisbyrden ligger hos påtalemyndigheten og at enhver tvil må komme skal komme tiltalte til gode.¹⁶³

Telfner-dommen gir etter ordlyden ikke noe klart svar på om EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder noe beviskrav i seg selv, eller om den henviser til et overordnet prinsipp. Heller ikke i Telfner-saken går EMD inn på noen videre drøftelse av beviskravet.

¹⁵⁸ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 54.

¹⁵⁹ *ibid.* avsnitt 85.

¹⁶⁰ *ibid.* avsnitt 86.

¹⁶¹ Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain avsnitt 76.

¹⁶² Case of Telfner v. Austria avsnitt 15.

¹⁶³ *i.c.*

Mindretallet tilbakeviste at det kunne utledes et beviskrav fra uttalelsene, og hevdet at temaet i Teflner-dommen er temaet om det i den aktuelle lovgivning er oppstilt et uakseptabelt beviskrav. Mindretallet forstod dommen som at bruddet på konvensjonen skyldtes at domstolen hadde lagt avgjørende vekt på at tiltalte ikke ville forklare seg, på tross av at det for øvrig ikke var etablert en overbevisende sak mot han. På denne bakgrunn ble det vurdert slik at bevisbyrden ble overført fra påtalemyndigheten til tiltalte, noe det ikke var anledning til.¹⁶⁴

Flertallet i Høyesterett anførte også saken Geerings mot Nederland¹⁶⁵ til støtte for at EMK artikkel 6 oppstiller et beviskrav. EMD uttaler i denne avgjørelsen at hvis det ikke er bevist utover rimelig tvil at tiltalte har begått den kriminelle handlingen, så vil det ikke være forenelig med EMK artikkel 6 nr. 2.¹⁶⁶ Flertallet la til grunn at uttalelsen viser at EMD stiller krav om det må være bevist utover rimelig tvil at tiltalte har begått den handling han er tiltalt for.¹⁶⁷

Heller ikke Geerings-dommen kan sies å gi et endelig svar på om EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav i seg selv eller om den henviser til et overordnet prinsipp om bevis. Uttalelsen kan heller synes å vise til at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden.

Konklusjonen må etter dette bli at det ikke kan slås endelig fast at det etter ordlyden av EMDs uttalelser, kan legges til grunn at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav som nasjonale domstoler må forholde seg til.

¹⁶⁴ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 87.

¹⁶⁵ Case of Geerings v. the Netherlands.

¹⁶⁶ *ibid.* avsnitt 47.

¹⁶⁷ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 59.

6.3.2 Er flertallets tolkning av praksis fra EMD i overensstemmelse med prinsippene for tolkning av konvensjonen?

Som beskrevet i kapittel 4 så har Høyesterett i Bøhler-dommen¹⁶⁸ lagt til grunn prinsipper for tolkning av EMK. I Bøhler-dommen ble det slått fast at det er EMD som i første rekke har som oppgave å utvikle konvensjonen. Dette innebærer at EMD har den rettsskapende funksjonen i forhold til fastleggelsen av konvensjonen. Hvis det er tvil om hvordan konvensjonen skal forstås, bør det ikke foretas en for dynamisk tolkning av konvensjonen.

Etter dette synspunktet så kan det hevdes at flertallet i Rt. 2007 s. 1217 i blant annet Barberà-saken og Telfner-saken tolket EMDs uttalelser for dynamisk. Det er som beskrevet ovenfor vanskelig å avgjøre om EMD med sine uttalelser om at enhver tvil skal komme tiltalte til gode søker å oppstille et beviskrav eller om det er et overordnet prinsipp, slik som mindretallet i Rt. 2007 s. 1217 hevdet.

Etter tolkningsprinsippene trukket opp i Bøhler-dommen er det nærliggende å hevde at flertallet gikk utover det som EMD selv har fastlagt, og har foretatt en dynamisk tolkning av konvensjonen. Dette stemmer lite med prinsippet om at det er EMD som i første rekke har som oppgave å utvikle konvensjonen.

Tolkningen er heller ikke forenelig med den alminnelige regelen om at norske domstoler ved tolkningen av EMK ikke kan ”bygge inn sikkerhetsmarginer” mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.¹⁶⁹ I dette tilfellet ser det ut som flertallet i Høyesterett nettopp har anvendt et forsiktighetsprinsipp, ved at retten har tolket det nasjonale beviskravet slik at de føler seg sikre på at den ikke strider mot EMKs bestemmelser.

¹⁶⁸ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

¹⁶⁹ *ibid.* på s. 1008.

Til støtte for flertallets konvensjonstolkning, så er det lagt til grunn i Rt. 2005 s. 833¹⁷⁰ at ved tvil om forståelsen av EMK, så må norske domstoler i avveiningen av ulike interesser og verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning. Selv om Høyesterett i utgangspunktet har anledning til dette, så viste Rt. 2005 s. 833 at dette likevel ikke fikk gjennomslagskraft i den aktuelle saken. Dommen omhandlet sterke lovgiverhensyn som likevel måtte vike for rettsoppfatningen om at det er EMD som i første rekke har som oppgave å utvikle konvensjonen.

Mindretallet i Rt. 2007 s. 1217 så det som lite forenelig med utgangspunktet å tolke EMK artikkel 6 nr. 2 begrensende for lovgiver.¹⁷¹ Det kan også pekes på, som mindretallet gjør, spørsmålene tatt opp i dommen gjelder en problemstilling som også vil være sentral for andre typer forvaltningssanksjoner som omfattes av EMKs straffebegrep.

Ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven la forarbeidene vekt på at det sivilprosessuelle utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt måtte legges til grunn. Etter dette vil Rt. 2007 s. 1217 virke innskrenkende på lovgiver ved at dommen legger til grunn at det ikke kan ilegges forvaltningsvedtak som har karakter av straff basert på alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Flertallets tolkning av EMD praksis er etter dette ikke forenelig med tolkningsprinsippene fastlagt i Bøhler-dommen.

Bøhler-dommen fastslo også at norske domstoler i tillegg til å forholde seg til konvensjonsteksten og alminnelige formålsbetraktninger, også må forholde seg til EMDs avgjørelser. Det kan derfor være interessant å se på hva EMD-avgjørelsene mindretallet la vekt på har å si i forhold til at det kan utledes et beviskrav fra EMK artikkel 6 nr. 2.

¹⁷⁰ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

¹⁷¹ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 92.

6.3.3 Er det andre EMD-avgjørelser som kan si noe om hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et beviskrav?

Flertallet legger til grunn at uttalelsene i Barberà og Telfner ble fulgt opp i saken Västberga Taxi Aktiebolag mfl. mot Sverige¹⁷² og Janosevic mot Sverige¹⁷³, uten å gå noe nærmere inn på avgjørelsene. Mindretallet drøfter begge i sin begrunnelse, og legger til grunn at Västberga-saken er av særlig interesse for deres standpunkt.¹⁷⁴

De overnevnte avgjørelsene har store likhetstrekk, og EMDs domsavsigelser falt på samme dag. Avgjørelsene omhandlet to taxiselskaper i Stockholm som etter en gjennomgang av skattemyndighetene ble funnet skyldige i å ha betalt for lite skatt. Selskapene hadde gitt uriktige opplysninger til myndighetene, og Västberga Taxi og tidligere leder og aksjonær i Västberga, samt eieren av det andre selskapet ble ilagt tilleggs-skatt.

Partene klaget Sverige inn til EMD og anførte at det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og 2. I begge sakene ble det slått fast at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1 når det gjaldt partenes rettigheter til adgang til domstolen¹⁷⁵ og at rettssaken hadde tatt for lang tid.¹⁷⁶ Retten konkluderte med at det ikke forelå en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 2.¹⁷⁷

I både Janosevic-dommen og Västberga-dommen uttalte EMD at det ikke er urimelig at skattebetaleren blir ilagt en tilleggs-skatt for uriktige opplysninger, og at det i svensk rett er slik at det er skattebetaleren som må motbevise at dette ikke er tilfelle.¹⁷⁸ Domstolen viste deretter til dommen Salabiaku mot Frankrike, hvor det uttales at dersom ordene ”according

¹⁷² Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden.

¹⁷³ Case of Janosevic v. Sweden.

¹⁷⁴ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 88.

¹⁷⁵ Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden avsnitt 102 og Case of Janosevic v. Sweden avsnitt 90.

¹⁷⁶ *ibid.* avsnitt 107 og avsnitt 95.

¹⁷⁷ *ibid.* avsnitt 122 og avsnitt 110.

¹⁷⁸ *ibid.* avsnitt 100 og avsnitt 112.

to law” i EMK artikkel 6 nr. 2 henviser eksklusivt til nasjonal rett ville dette gjøre EMD maktesløs, og dette ville stride mot formålet til uskyldspresumsjonen.¹⁷⁹

Etter dette er ikke EMK artikkel 6 nr. 2 likegyldig til hvilke antagelser om faktum som legges til grunn i nasjonal strafferett, og det kreves at medlemsstatene begrenser antagelsene innen rimelige grenser hvor det tas hensyn til viktigheten av det som risikeres og rettighetene til tiltalte.¹⁸⁰

EMD følger opp sine egne uttalelser i Salabiaku-dommen og uttaler i både Janosevic-dommen og Västberga-dommen at:

”Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defense; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.”¹⁸¹

Disse uttalelsene fra EMD viser at EMK artikkel 6 nr.2 vil ha betydning i den nasjonale fastleggelsen av beviskrav, men det overlates til medlemsstatene til å utøve interesseavveiningen mellom sakens alvorlighetsgrad og tiltaltes rettigheter. Etter dette kan det vanskelig sies at bestemmelsen oppstiller et beviskrav i seg selv. En naturlig forståelse av dommen er at det er de nasjonal lovgivning som oppstiller hvilke krav som må stilles til faktum, og at dette må ses i lys av innholdet til EMK artikkel 6 nr. 2.

Uskyldspresumsjonen beskytter ”in particular the right to be presumed innocent”,¹⁸² og prinsippet kan ikke ekskluderes i nasjonal rett. Denne forståelsen legges til grunn av

¹⁷⁹ Case of Salabiaku v. France avsnitt 28.

¹⁸⁰ I.c.

¹⁸¹ Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden avsnitt 113 og Case of Janosevic v. Sweden avsnitt 101.

¹⁸² Case of Salabiaku v. France avsnitt 28.

mindretallet i Rt. 2007 s. 1217,¹⁸³ og etter en naturlig tolkning av Salabiaku-dommen og det som senere ble fulgt opp i de to overnevnte dommene fremstår denne forståelsen som riktig.

I likhet med Janosevic-dommen og Västberga-dommen fikk saksøkeren i Salabiaku-dommen ikke medhold i at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 2.¹⁸⁴ Det faktum at det i de tre sakene ble konkludert med at de nasjonale rettsavgjørelsene ikke var i strid med uskyldspresumsjonen, kan også tyde på at EMD ikke har lagt til grunn at bestemmelsen oppstiller et beviskrav om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹⁸⁵

Det ble også vektlagt i Västberga-dommen at saksøker hadde mulighet til å forsvare seg mot anklagene mot seg selv om de var vanskelige å motbevise, og det uttales i denne sammenheng at "they were not left without any means of defense".¹⁸⁶ Det kan se ut som om EMD med denne uttalelsen viser til at EMK artikkel 6 nr. 2 i hovedsak er en bevisbyrderregel.

Høyesteretts flertall konkluderte i Rt. 2007 s. 1217 med at EMK artikkel 6 nr. 2 oppstiller krav til bevisets styrke. Dersom dette er EMDs intensjon ved anvendelsen av bestemmelsen, vil det sette nasjonal rett i en posisjon hvor deres egne beviskrav må settes til side. Egne avveininger av interesser og hensyn bak bevisreglene vil ikke spille noen rolle da konvensjonen vil få full gjennomslagskraft.

På den andre siden kan det leses ut fra EMK artikkel 6 nr. 2 at siktede skal antas uskyldig inntil skyld er bevist "according to law". Det andre ytterpunktet vil her være at det er

¹⁸³ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 80.

¹⁸⁴ Case of Salabiaku v. France avsnitt 30.

¹⁸⁵ Case of Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain avsnitt 77.

¹⁸⁶ Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden avsnitt 114.

fullstendig opp til nasjonal rett å avgjøre hvilke beviskrav som skal legges til grunn og at dette er forenelig med uskyldspresumsjonen.

Det fremstår som lite tvilsomt om at EMK artikkel 6 nr. 2 ikke skal tas i betraktning ved fastsettelse av beviskrav ved ileggelse av forvaltningssanksjoner som har karakter av straff. Det kan som EMD uttalte i Salabiaku-dommen ikke være helt overlatt til nasjonal rett å avgjøre hva som er "according to law",¹⁸⁷ da dette ville innebære at EMD stod uten reell makt til å håndheve uskyldspresumsjonen.¹⁸⁸ EMD har her uttrykt klart at dette ikke vil være forenelig med formålet bak uskyldspresumsjonen.¹⁸⁹

Mindretallet uttalte i forbindelse med Salabiaku-dommen at selv om nasjonal rett ikke kunne eliminere innholdet i uskyldspresumsjonen, er det "et langt steg til å konkludere at bestemmelser om beviskravet i nasjonal rett er uten betydning".¹⁹⁰ Mindretallets oppfatning kan sies å ha mest for seg, hvis man tar i betraktning tolkningsprinsippene fastlagt i Bøhler-dommen og at det i norsk rett ikke skal opereres med et forsiktighetsprinsipp.

6.3.4 Etterfølgende avgjørelser fra EMD

Et særlig spørsmål som kan oppstå er hva som skal legges til grunn om beviskrav etter EMK artikkel 6 nr. 2, dersom nye avgjørelser fra EMD tilbakeviser at bestemmelsen inneholder et beviskrav. Praksis fra EMD viser at domstolen ofte benytter seg av sine egne avgjørelser, men på den andre siden så er domstolen ikke formelt bundet til å følge disse.¹⁹¹

¹⁸⁷ EMK artikkel 6 nr. 2.

¹⁸⁸ Case of Salabiaku v. France avsnitt 28.

¹⁸⁹ *ibid.*

¹⁹⁰ Rt. 2007 s. 1217 avsnitt 82.

¹⁹¹ Case of Cristine Goodwin v. the United Kingdom avsnitt 74.

EMD har beskrevet EMK som et levende instrument som må tolkes i lys av samfunnsforholdene ellers.¹⁹² Det er sikker rett at domstolen har en dynamisk og rettsskapende funksjon overfor konvensjonsbestemmelsene. Bøhler-dommen fast at det er EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen og norsk rettspraksis skal etter dette anvende de samme metodene for tolkning som er lagt til grunn av EMD.¹⁹³

Etter konklusjonene trukket opp i Bøhler-dommen fremstår det som selvsagt at Høyesteretts konklusjoner i Rt. 2007 s. 1217 ikke kan følges opp i senere avgjørelser. Resultatet ville ha blitt at konklusjonene stred mot tolkningsprinsippene fastlagt av EMD, og Norge kunne risikert å bli dømt for konvensjonsbrudd.

6.4 Er dommen avsagt på feil rettskildemessig grunnlag?

Konklusjonen etter gjennomgåelsen av flertallets bruk av EMD-praksis tilsier at dommen går for langt i sin tolkning av EMDs uttalelser. Det kan tenkes at EMD med sine uttalelser i blant annet Barberà-dommen har som hensikt å oppstille et beviskrav i EMK artikkel 6 nr. 2, men etter en ordlydstolkning av uttalelsene er det likevel usikkert om man kan konkludere med dette. Rettspraksisen som berører temaet har ikke uttrykt seg klart om det oppstilles et beviskrav i uskyldspresumsjonen, og etter dette vil det være for usikkert til at nasjonale domstoler kan trekke denne konklusjonen.

Flertallets tolkning av avgjørelsene fra EMD samsvarer ikke med tolkningsprinsippene trukket opp i Bøhler-dommen. Dette finner jeg avgjørende for å konkludere med at dommen er avsagt på feil rettskildemessig grunnlag.

6.5 Har dommens konklusjoner blitt fulgt opp av Konkurransetilsynet?

I etterkant av avgjørelsen inntatt i Rt. 2007 s. 1217 har Konkurransetilsynet ilagt overtredelsesgebyr i to vedtak. Vedtakene knytter seg til samme saksforhold hvor to

¹⁹² Case of Tyrer v. The United Kingdom avsnitt 31.

¹⁹³ Rt. 2000 s. 996 på s. 1007.

selskaper hadde brutt forbudet om konkurransebegrense avtaler mellom foretak etter konkurranseloven § 10.

Konkurransetilsynet besluttet i et vedtak av 14.3.2008 å ilegge Brenntag Nordic AS et overtredelsesgebyr på 1.3 millioner kroner for ulovlig markedsdelingssamarbeid med selskapet Borregaard Industries Limited innen markedet for teknisk eddiksyre.¹⁹⁴ I tillegg påla Konkurransetilsynet at samarbeidet mellom selskapene skulle opphøre. Tidligere hadde Borregaard allerede blitt ilagt et overtredelsesgebyr på 1.6 millioner kroner for samme forhold.¹⁹⁵

Disse to vedtakene er de første etter Rt. 2007 s. 1217 hvor tilsynet går inn på spørsmålet om bevisets sannsynlighetsgrad for å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. I begge begrunnelsene for vedtakene legger Konkurransetilsynet til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr. Tilsynet fremhever at dette klart fremgår av forarbeidene til konkurranseloven.¹⁹⁶ Tilsynet avsluttet bevisdrøftelsen i begge vedtakene med å uttale at ”under enhver omstendighet finner Konkurransetilsynet at vilkårene for illeggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt, selv om det legges til grunn et strengere beviskrav.”¹⁹⁷

Konkurransetilsynets vedtak viser klart at tilsynet ikke retter seg etter de uttalelsene som fremgår av Rt. 2007 s. 1217, men heller støtter seg til uttalelsene i forarbeidene til konkurranseloven. Det kan synes som om tilsynet anerkjenner at det kan bli tale om et strengere beviskrav, da de til slutt legger vekt på at vilkårene ”under enhver omstendighet” er oppfylt selv om et strengere beviskrav legges til grunn.

¹⁹⁴ Vedtak V2008-5 Brenntag Nordic AS.

¹⁹⁵ Vedtak V2008-4 Borregaard Industries Limited.

¹⁹⁶ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 117 og Innst.O.nr. 50 (2003-2004) side 41.

¹⁹⁷ Vedtak V2008-5 Brenntag Nordic AS s. 17 og vedtak V2008-4 Borregaard Industries Limited s. 16.

Uttalelsen kan tyde på at Konkurransetilsynet ikke utelukker at det skal anvendes et skjerpet beviskrav. Det er svært uvanlig at tilsyn og andre forvaltningsorganer med sanksjonsmyndighet fraviker høyere rettspraksis. Konklusjonen må bli at rettstilstanden fremdeles er usikker og uavklart på dette området.

7 Litteraturliste

Litteratur

- Aasland Aasland, Gunnar. *Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis*. I: Lov og rett 2006, s. 392.
- Berg Berg, Bjørn O. *Forvaltningssanksjoner*. Oslo, 2005.
- Frihagen Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett II*. Bergen, 1992.
- Graver og Hjelmeng Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng. *Norsk konkurranserett bind II: Prosess og sanksjoner*. Oslo, 2006.
- Graver Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2004, s. 465-498.
- Hjelmeng Hjelmeng, Erling. *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2003, s. 648-672.
- Hov Hov, Jo. *Rettergang I: Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999.
- Kolstad og Ryssdal Kolstad, Olav og Anders Ryssdal. *Norsk konkurranserett bind I: Adferdsregler og strukturkontroll*. Oslo, 2006.
- Skoghøy Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål*. 2. utg. Oslo, 2001.
- Strandbakken Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, 2002.

Lover/forarbeider

- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) 1. mai 2004 nr. 12.

	Lov om gjennomføring av og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) 3. mai 2004 nr. 11.
1999	Lov om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 49.
1993	Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet 11. juni 1993 nr. 65 (opphevet).
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 27. november 1992 nr. 110 (opphevet).
	Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdsloven) 26. juni 1992 nr. 86.
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967.

NOU 2003:15 Fra bot til bedring.

NOU 2003:12 Ny Konkurranselov.

Ot.prp.nr. 70 (2003-2004) Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta fiske og fangst (deltakerloven) m.v.

Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Innst.O.nr.50 (2003-2004) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Oslo, 1958) (Forvaltningskomiteens innstilling).

Domstolsregister

Norsk rettspraksis:

Rt. 2007 s. 1217

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2002 s. 509

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2000 s. 996

Rt. 1999 s. 14

Rt. 1999 s. 1363

Rt. 1998 s. 1945

Rt. 1988 s. 276

Rt. 1988 s. 295

LG-2005-115845

TOSLO-2005-111347 SAS

Vedtak fra Konkurransetilsynet

Vedtak V2007-2 TINE BA.

Vedtak V2008-5 Brenntag Nordic AS.

Vedtak V2008-4 Borregaard Industries Limited.

Dommer fra EF-domstolen:

Sag C-199/92 P. Hüls AG mod Kommissionen Samling af Avgørelser 1999 side I-04287.

Førsteinstansretten

Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen Samling af Afgørelser 2007 side 00000.

Dommer fra EMD:

Barberà mfl.	Case of Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. juni 1994.
Engel mfl.	Case of Engel and Others v. the Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976.
Geerings	Case of Geerings v. the Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. mars 2007.
Goodwin	Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2002.
Janosevic	Case of Janosevic v. Sweden The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juli 2002.
Jussila	Case of Jussila v. Finland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. november 2006.
Salabiaku	Case of Salabiaku v. France The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. oktober 1988.
Tyrer	Case of Tyrer v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. april 1978.
Telfner	Case of Telfner v. Austria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. mars 2001.
Västberga mfl.	Case of Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juli 2002

Traktater og forordninger

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950.
-----	--

EF-traktaten

Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, Roma 25. mars 1957, med senere endringer.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.